

**Entwicklung und Bedeutung
der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO)
für den Bundesgerichtshof**

Rosemarie Stoll

1967

Entwicklung und Bedeutung der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO) für den Bundesgerichtshof



Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Rosemarie Stoll

Gerichtsreferendarin aus Kassel

Marburg 1967



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät angenommen am: 21. November 1966

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Schwinge

Mitberichterstatter: Professor Dr. Karl Alfred Hall

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Januar 1967

Schrifttum

- Achterberg "Die Evidenz als Rechtsbegriff"
in DÖV 1963, S. 331 ff.
- Arndt, A. "Zur Problematik der Grundsatzrevision
aus verfassungsrechtlicher Sicht"
in NJW 1962, S. 1660 ff.
- Bachof "Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs=
gerichts"
in JZ 1962, S. 746
- Bächle "Die Zulässigkeit der Menschenrechtsbe=
schwerde"
in NJW 1964, S. 1993 ff.
- Balze "Die Entlastung des Reichsgerichts"
in Das Recht 1908, Spalte 844-845
- Baur "Die dritte Instanz im künftigen Zivil=
prozeß"
in ZZP Bd. 71, S. 161 ff.
- Beling "Revision wegen 'Verletzung einer Rechts=
norm über das Verfahren' im Strafprozeß"
in Festschrift für Binding, 1911, Bd. II,
S. 89 ff.
- Beling Deutsches Strafprozeßrecht mit Einschluß
des Strafgerichtsverfassungsgesetzes
Breslau 1928
- Benecke-Beling Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeß=
rechts mit Einschluß des Strafgerichts=
verfassungsgesetzes
Breslau 1900
- Birkmeyer Deutsches Strafprozeßrecht
Berlin 1898
- Brinkmann Lehrbuch der Rechtsphilosophie
Bd. I: Grundlegung der Rechtsphilosophie
Bonn 1960 (zit. Lehrbuch)
- Carpzov Practica nova imperialis saxonica rerum
criminalium, Ed. I 1635
- Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie
Berlin 1950
- Cramer, D. Das Recht des einzelnen und die Fortbil=
dung des Rechts
Bericht vom Juristentag in Hannover
FAZ v. 14.9.1962

- Dahs "Der Anwalt im Strafprozeß"
in Anw.Bl. 1959, S. 171 ff.
- Dahs "Stellung und Aufgaben des Strafvertei-
digers"
in NJW 1959, S. 1158 ff.
- Dahs "Die kleine Strafprozeßreform"
in NJW 1965, S. 81 ff.
- Daloke Strafrecht und Strafverfahren
37. Auflage, Berlin 1961
(Bearbeiter des § 349: Fuhrmann)
- Dallinger Kommentar zur Strafprozeßordnung und Ge-
richtsverfassungsgesetz
Stuttgart 1950
- Duske Die Aufgaben der Revision
Diss. Marburg 1960
- Egberts Die Entscheidung des Revisionsgerichts
in Strafsachen
Diss. Erlangen 1921 - im Druck erschienen
1925
- Engisch Einführung in das Juristische Denken
Stuttgart 1956
- Erbs Handkommentar zur Strafprozeßordnung
Frankfurt am Main 1950
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar
3.Aufl. München 1962
2.Aufl. München 1960
- Fischinger "Die Vorschläge von Josef Cüppers zur Ge-
staltung der Rechtsmittel im künftigen
Strafverfahren"
in Gedenkschrift für Cüppers, Essen 1955,
S. 136 ff.
- Gage-Sarstedt Die Revision in Strafsachen
3.Aufl. Essen 1954
4.Aufl. 1962
- Geiger Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
Kommentar
Berlin und Frankfurt/M. 1952
- Gerland "Die Wahrung der Rechtseinheit unter dem
neuen Strafgesetzbuch"
in Gerichtss. Bd. 100 (1931) S. 97 ff.
- Geyser Auf dem Kampffelde der Logik
Freiburg 1926

- Goldschmidt Der Prozeß als Rechtslage
Berlin 1925
- Grundmann "Zum Verhältnis von § 91a zu § 24 BVerfGG"
in DÖV 1958, S. 170 ff.
- Grundmann "Die neue Verfassungsbeschwerde"
Zur Neuregelung des Verfahrens durch § 93a
BVerfGG
in DÖV 1963, S. 756
- Grundmann "Zulässigkeit und Begründetheit in Verfah-
ren nach § 24 BVerfGG"
in JZ 1957, S. 613 ff.
- Hahn Die gesamten Materialien zur Strafprozeß=
ordnung
Berlin 1880
- Hanack "Zur Reform der Revision"
in NJW 1962, S. 1991 ff.
- Hartmann Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis
4.Aufl. Berlin 1949
(zit. Metaphysik)
- Hartung "Revisionsurteil oder Revisionsbeschluß?"
in DRZ 1950, S. 219 ff.
- Hartung "Das Rechtsmittel nach dem Vorentwurf"
in ZStW 1957, S. 89 ff.
- Henkel Strafverfahrensrecht
Stuttgart-Köln 1953
- Hessen Lehrbuch der Philosophie, Bd.I
München-Basel 1950
- Hessen Philosophie des 20. Jahrhunderts
Rottenburg 1951
- Hippel, von Der Deutsche Strafprozeß
Marburg 1941
- Hülle "Die offensichtlich begründete Revision
in Strafsachen"
in NJW 1952, S. 411 ff.
- Husserl, Edmund Ideen zu einer reinen Phänomenologie und
phänomenologischen Philosophie
Erstes Buch: Allg. Einführung in die reine
Phänomenologie
Zweites Buch: Logische Untersuchungen
Halle 1913 bzw. 1921
- Husserl, Gerhard-Landgrebe
Erfahrung und Urteil
Hamburg 1954

- Jagusch "Über offensichtlich unbegründete Revisionen"
in NJW 1960, S. 73 ff.
- Jagusch "Weitere Fragen zum rechtlichen Gehör im Strafverfahren"
in NJW 1962, S. 1645 ff.
- Jesch "Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht"
in AöR Bd. 82, S. 163 ff.
- Jonas "Die dritte Vereinfachungsverordnung vom 16. Mai 1942"
in DR 1942, S. 997 ff.
- Kahl Anmerkung zu RG JW 1925, S. 1403
in JW 1925, S. 1403 ff.
- Kalsbach Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der BRAK zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) vom August 1960
vgl. auch unter "Stellungnahme"
- Kern Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch
5. Aufl. München-Berlin 1960
- Klein "Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit"
AöR Bd. 82, S. 75 ff.
- Kleinknecht-Müller-Reitberger Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
4. Aufl. Darmstadt-Nürnberg-Düsseldorf-Berlin 1958
6. Aufl. 1966 (zit. KMR)
- Koehler Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
Berlin-Frankfurt 1960
- Lang "Vom künftigen Strafprozeß"
in LZ 1928, Sp. 289 ff.
- Lechner Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
Kommentar
München und Berlin 1954
- Lehmann "Die Urteilsrüge"
in: Das kommende deutsche Strafverfahren,
Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission, herausgegeben von Franz Gürtner,
Berlin 1938, S. 385 ff.

- Lobe Die Gesetzgebung des Reiches und der Länder zum Schutze der Republik
Berlin 1922
- Lobe "Offensichtlich unbegründet"
in JW 1925, S. 1612 ff.
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, herausgegeben von Niethammer in Gemeinschaft mit Geier, Schäfer, Jagusch, Kohlhaas, Sarstedt, Tillmann
20. Aufl. Berlin 1953
- Lorenz Gesetz zur weiteren Entlastung der Gerichte vom 8.7.1922 nebst amtlicher Begründung
Berlin 1922
- Mannheim Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren
in: Strafrechtliche Abhandlungen, H.77
Breslau 1907
- Máynez "Die höchsten Prinzipien der formalen Rechtsontologie und der juristischen Logik"
in ARSP 1959, S. 193 ff.
- Möhring "Das oberste Bundesgericht in Zivil- und Strafsachen - ein Revisionsgericht!"
in NJW 1949, S. 1 ff.
- Niese Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Jurisprudenz in Einzeldarstellungen
Göttingen 1950
- Ostler "Zur Fassung des Entscheidungssatzes bei Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen in Strafsachen"
in DRiZ 1957, S. 61
- Penner Reichweite und Grenzen des § 349 Abs.2 StPO (Lex Lobe)
Diss. Köln 1961
- Peters Strafprozeß. Ein Lehrbuch
Karlsruhe 1952
- Peters "Tat- und Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz"
in ZStW 1957, S. 53 ff.
- Pfeiffer Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis
Essen 1958
- Pohle Revision und neues Strafrecht
in: Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 56, Leipzig 1930

- Pohle "Empfiehl es sich, die Revision (Rechts= beschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Ge= richtsbarkeiten einheitlich zu regeln?" Gutachten für den 44. Deutschen Juristen= tag, Tübingen 1962 (zit. Gutachten)
- Radbruch Der innere Weg
Stuttgart 1951
- Radbruch Rechtsphilosophie
5.Aufl. Stuttgart 1956
- Radbruch Vorschule der Rechtsphilosophie
2.Aufl. Göttingen 1959
- Rinck "Die Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde"
in NJW 1959, S. 169 ff.
- Sarstedt "Bespprechung des Lehrgangs für Strafvertei= diger, geleitet von Sarstedt"
in Anw.Bl. 1960, S. 230
- Sarstedt Die Revision in Strafsachen
4.Aufl. Essen 1962
- Schäfer "Die Stellung der Revision im künftigen Strafverfahren"
in: Festschrift für Schlegelberger,
Beiträge zum Recht des Neuen Deutschland
Berlin 1936
- Schalscha "Der Anwalt im Strafprozeß"
in DRiZ 1960, S. 16 ff.
- Schmidt, Eb. Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und
zum Gerichtsverfassungsgesetz
Teil I und II, Göttingen 1952
- Schmidt-Leichner "Die kleine Strafprozeßreform"
in Abw.Bl. 1961, S. 25 ff.
- Schmitt "Können die Beschlüsse aus §§ 346, 349 StPO
zurückgenommen werden?"
in JZ 1961, S. 15 ff.
- Schneidewin "Fehlerhafte Revisionsbegründungen in
Strafsachen"
in JW 1923, S. 345 ff.
- Schneidewin "Verfahren und Sitzungsprotokoll"
in MdR 1951, S. 139 ff.

- Schöttler "Zur Problematik der ersatzlosen Streichung des § 349 Abs.2 StPO"
in NJW 1960, S. 1335 ff.
- Schunck-De Clerck Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
Siegburg 1961
- Schwarz Strafprozeßordnung. Kommentar
23.Aufl. München-Berlin 1962
- Schwinge Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung
in der deutschen Rechtswissenschaft
Bonn 1938
- Schwinge Grundlagen des Revisionsrechts
2.Aufl. Bonn 1960
- Schwinge "Abschaffung der Rechtsmittel im Strafprozeß?"
in ZAkDR 1937, S. 589 ff.
- Schwinge-Zimmerl Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken
im Strafrecht
Bonn 1937
- Seibert "Zur Revision in Strafsachen"
in DRZ 1948, S. 371 ff.
- Siebert "Die offensichtlich unbegründeten Revisionen"
in NJW 1959, S. 2152 ff.
- Stackelberg, v. "Gedanken zur Reform des deutschen Strafverfahrens"
in: Festschrift für Jos.Cüppers
Essen 1955, S. 122 ff.
- Stackelberg, v. "Der Anwalt im Strafprozeß"
in Anw.Bl. 1959, S. 190 ff und
DRiZ 1959, S. 311-312
- Stackelberg, v. "Über offensichtlich unbegründete Revisionen (§ 349 Abs.2 StPO)"
in NJW 1960, S. 505 ff.
- Stein Anmerkung zu RG JW 1921, S. 840-41
in JW 1921, S. 840-41
- Verhandlungen des Deutschen Reichstags
Stenographische Berichte
Anlagen zu den Stenographischen Berichten
- Weber "Ein Vorschlag zu § 349 StPO"
in DJZ 1927, S. 80 ff.
- Weil The European Convention on Human Rights
Leyden 1963

- Weinkauff "Diskussionsbeitrag auf dem 30. Deutschen
Anwaltstag in Stuttgart 1959"
in Anw.Bl. 1959, S. 209 ff.
- Welzel Das deutsche Strafrecht
8.Aufl. Berlin 1963
- Wessel "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungs=
gerichts zur Verfassungsbeschwerde"
in DVBl. 1952, S. 161 ff.
- Wimmer "Verwerfung der Revision durch Urteil oder
Beschluss?"
in NJW 1950, S. 201 ff.
- Wüst "Diskussionsbeitrag auf dem 30. Deutschen
Anwaltstag"
in Anw.Bl. 1959, S. 218 ff.
- Wunderer "Die Rechtsmittel der VO vom 4. Jan. 1924
in der Praxis"
in LZ 1924, S. 776 ff.
- Wunderer "Die erste Novelle zur neuen Strafprozeß"
ordnung"
in LZ 1926, S. 193 ff.
- Wundt Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie
Stuttgart 1919

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Vorbemerkung	13
II. Hauptteil	
<u>Erstes Kapitel: Die geschichtlichen Grundlagen</u>	
§ 1 Die geschichtlichen Grundlagen der Revision	15
§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des § 349 Abs.2 StPO (Lex Lobe)	21
A. Der Inhalt der Verwerfungsbeschlüsse wegen Unzulässigkeit	22
B. Die Entstehung des § 349 Abs.2 StPO aus dem zweiten Verwerfungsbeschluß wegen Unzulässigkeit	27
§ 3 Der Streit um die Fortgeltung und die weitere Entwicklung des § 349 Abs.2 StPO	34
§ 4 Die Auseinandersetzung um § 349 Abs.2 StPO vom Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit bis zum Inkrafttreten der Novelle vom 19.12.1964 (StPÄG)	42
§ 5 Der Verwerfungsbeschluß wegen offensichtlicher Unbegründetheit heute	47
<u>Zweites Kapitel: Der Inhalt der Entscheidung nach § 349 Abs.2 StPO</u>	49
§ 1 Erste Teilentscheidung: Die formale Zulässigkeit der Revision	50
§ 2 Zweite Teilentscheidung: Die "einstimmig" für "offensichtlich" befundene Unbegründetheit der Revision	57
A. Das Erfordernis der Einstimmigkeit	57
B. Die Inhaltsbestimmung des Begriffes "offensichtlich unbegründet"	61
Wörtliche Interpretation	63
Systematische Interpretation	76

Teleologische Interpretation (dargestellt an der Auslegung von Jagusch	77
Interpretation vom Ergebnis her: Die Wortzusammensetzung "offensichtlich unbegründet" als unbestimmter Rechtsbegriff (dargestellt an der Interpretation von Penner)	91
Wörtliche Interpretation auf erweiterter erkenntnistheoretischer Grundlage (dargestellt an Sarstedts Offensichtlichkeitserlebnis)	99
Der vorjuristische Evidenzbegriff	100
Der juristische Evidenzbegriff	105
Die Anwendung des juristischen Evidenzbegriffs im Rahmen des § 349 Abs.2 StPO	109
Die Beschreibung des Evidenzerlebnisses in § 349 Abs.2 StPO bei Sarstedt (objektive Seite der Evidenz)	113
Das Problem der Evidenztäuschung (subjektive Seite der Evidenz)	117
Die Unverzichtbarkeit der subjektiven Evidenz im Recht	123
<u>Ergebnis</u> der Inhaltsbestimmung des Begriffes "offensichtlich unbegründet"	128
§ 3 Dritte Teilentscheidung: Die Ausübung der Verwerfungsbefugnis	129
<u>Drittes Kapitel: Die Einwendungen gegen § 349 Abs.2 StPO</u>	133
III. Schlußbemerkung	139
Tabellen	141

Vorbemerkung

Bei allen Spitzengerichten müssen Geschäftsanfall und Bearbeitung der Revisionen einander angeglichen werden. Das macht in vielen Fällen - besonders dort, wo die Revisionseinlegung noch nicht einem kleinen Kreis beim Revisionsgericht zugelassener Rechtsanwälte vorbehalten ist - Beschränkungsmaßnahmen erforderlich.

Hierher muß auch die in § 349 Abs.2 StPO normierte vereinfaachte Zurückweisung "offensichtlich unbegründeter" Revisionen gerechnet werden.

Obwohl sich gelegentlich energische Stimmen in der Rechtsanwaltschaft gegen die häufige Anwendung dieser Bestimmung im Strafverfahren wandten und unter Berufung auf rechtsstaatliche Grundsätze zeitweise sogar die Abschaffung der ganzen aus der Inflationszeit stammenden Bestimmung forderten, hat sich das Beschlußverfahren gerade hier bewährt. Aus diesem Grunde hat es auch in andere Verfahrensordnungen Eingang gefunden: "Offensichtliche Unbegründetheit" führt im Verfahren vor dem Verfassungsgericht, im Vorbescheidsverfahren der Verwaltungsgerichte, im Revisionsverfahren vor dem Bundessozialgericht sowie im Zulassungsverfahren der Konvention der Menschenrechte zum verkürzten Verfahren der Verwerfung durch Beschluß.

Den Begriff der "offensichtlichen Unbegründetheit" in § 349 Abs.2 StPO hat bisher nur Penner untersucht und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, es sei ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Diese Ansicht kann die Verfasserin aus den in der vorliegenden Arbeit dargestellten Gründen nicht teilen. Um den Inhalt der Begriffes zu erläutern, war es nötig, den Rahmen der üblichen Interpretation zu erweitern. Dabei hat sich gezeigt, daß dort, wo die herkömmlichen rechtsphilosophischen Grundlagen zur Auslegung nicht ausreichen, Recht und Rechtsprechung selbst der Philosophie die Grenze setzen.

So kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, daß die Beschränkung des Zugangs zum ordentlichen Revisionsverfahren im Falle des § 349 Abs.2 StPO nicht willkürlich, sondern der Sache nach

notwendig ist. Aus Gründen der Vollständigkeit war der Untersuchung ein geschichtlicher Überblick über die Entwicklung des § 349 Abs.2 StPO als Teil des gesamten Revisionsverfahrens voranzustellen.

Erstes Kapitel: Die geschichtlichen Grundlagen

§ 1. Die geschichtlichen Grundlagen der Revision

Die Frage, ob in Strafsachen überhaupt ein Rechtsmittel gegeben werden solle und wie dieses gegebenenfalls auszugestalten sei, war jahrhundertlang umstritten.

Benedikt Carpzov hatte - obgleich er die Notwendigkeit eines Rechtsmittels im allgemeinen anerkannte - die Ansicht vertreten, der Inquisitionsprozeß sei überhaupt mit dem Wesen von Rechtsmitteln unvereinbar.¹⁾ Erst Feuerbach lehrte, daß der Appellation im Strafprozeß eine besonders große Bedeutung zukomme, weil hier, anders als im Zivilprozeß, nicht nur um Vermögensrechte gestritten werde, sondern um die viel höher stehenden Rechtsgüter Leben, Freiheit und Gesundheit.²⁾

Zur Zeit der Schaffung der geltenden Strafprozeßordnung galt es daher schon als "eine Forderung der Gerechtigkeit"³⁾ ein Rechtsmittel als mögliches Korrektiv gegen erstinstanzliche Fehlurteile zu gewähren. Unklarheit bestand nur über seine Ausgestaltung: Sollte dieses Rechtsmittel nach Art der Appellation die Überprüfung der Tatfrage mit umfassen, oder sollte es nach Art der Nichtigkeitsbeschwerde des preußischen Rechts auf die Rechtsfrage beschränkt sein?

Man entschied sich nach längeren Auseinandersetzungen⁴⁾ für die zweite Möglichkeit. Erstens hielt man es für zweckmäßig, die neu in das Strafverfahren aufgenommenen Grundsätze der

1) In den Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium (Ed. I 1635) P III qu 139 n.14: "Regulam formare haud vereor: Quod scilicet hodie in processu criminali inquisitoria appellatio nequaquam sit admittenda." Vgl. Hahn, Mat.I, S. 304. Vgl. auch Fußnote 1 auf S.304 bei Hahn a.a.O.

2) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, § 620 (Mittermaiersche Ausgabe Gießen 1847).

3) Hahn, Mat.I, S.242 und 243 (Abs.3).

4) So war die Einführung der Appellation auch für die Strafkammersachen entgegen dem Entwurf der Kommission zunächst beschlossen worden. In der 1. Lesung mit 14 gegen 13 Stimmen angenommen, scheiterte sie aber an dem Widerspruch des Bundesrats in der 2. Lesung. Vgl. Hippel, Lehrb., S.153, Fußnote 7 und zum geschichtlichen Hintergrund Kern, Strafprozeßrecht, S.256.

Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freien Beweiswürdigung einer Überprüfung durch eine zweite Instanz zu entziehen. Man befürchtete nämlich, andernfalls die richterliche Unabhängigkeit zu gefährden.¹⁾ Außerdem befand man sich noch in dem ehrlichen Glauben, ein richterliches Urteil, das aufgrund der neuen Verfahrensprinzipien gewonnen sei, garantiere bereits die richtige Beurteilung der Tatfrage.²⁾ Daß es später trotz Beibehaltung der genannten Verfahrensprinzipien nicht bei der endgültigen Ablehnung der Berufung geblieben ist, ist bekannt.³⁾ Eine Übernahme der Appellation in die Strafprozeßordnung von 1877 schied aber zunächst aus⁴⁾, und das neue Rechtsmittel wurde inhaltlich weitgehend der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde nachgebildet.

1) Vgl. Motive bei Hahn, a.a.O. S.243, Abs.4: "... daß darum nur derjenige Gesetzgeber die volle Konsequenz der Mündlichkeit zieht, der die Appellation beseitigt". Vgl. ferner 1. Beratung im Plenum bei Hahn, Mat.I, S.501 unten. Gegen diese mit politischem Vorurteil belastete Sicht des Mündlichkeitsgrundsatzes hatte sich schon 1846 v.Savigny in seiner Denkschrift "Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung" (Berlin 1846) gewandt: "Die Mündlichkeit an sich schließt sie (die materiellen Rechtsmittel) nicht aus. Sie waren schon im römischen öffentlichen mündlichen Anklageprozeß zulässig und finden nach der französischen Strafprozeßordnung gegen die Urtheile der Zuchtpolizeigerichte statt." Savigny tritt für eine auf das Wesentliche beschränkte, wiederholte mündliche Verhandlung vor dem zweitinstanzlichen Gericht ein, ohne die durch Mündlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren gewonnene Besserstellung des Angeklagten zu unterschätzen. Vgl. hierzu Hahn, Mat.I, S.310-311.

2) Psychologisch interessant erscheint in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß ein Antrag, bei verhängter Todesstrafe eine Officialprüfung durch das Revisionsgericht eintreten zu lassen, bei der ersten Lesung fast die Mehrheit erhalten hätte. Angesichts der "irreparablen Natur" dieser Strafe stehe "das öffentliche Interesse an der Beobachtung aller Formen des materiellen Rechts höher als die Zeitfrage und selbst die Möglichkeit einer neuen Verhandlung". Vgl. die Diskussion um den auf Antrag einzufügenden § 319a bei Hahn, Mat.II, S.1406ff. Gewisse Zweifel an der Fehlerlosigkeit der nach den neuen Verfahrensprinzipien gewonnenen Urteile hatten sich also doch nicht unterdrücken lassen.

3) Vgl. v.Hippel, Lehrb. S.153ff., insbes. Fußn.4 u.7.

4) Es gab nur die Revision gegen Urteile des Schöffengerichts an das Oberlandesgericht und gegen die Urteile der Strafkammer und des Schwurgerichts an das Reichsgericht, vgl. Entw.z.StPO von 1874, § 299 und Motive S.201ff. bei Hahn, Mat.I, S.249.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des preußischen Rechts, die in Preußen das Rechtsmittel für die dritte Instanz bildete, war ihrerseits ein Zwittergebilde: Soweit materiellrechtliche Verstöße in Frage standen, war sie der Kassation des französischen Rechts nachgebildet und wurde gewährt bei jedem behaupteten Rechtsverstoß. Bei Verfahrensmängeln hingegen war sie der Nichtigkeitsklage des gemeinen Rechts nachgebildet, welche nur bei Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften statthaft war.

Die Beschränkung auf "wesentliche Verfahrensmängel" wurde 1860 schon in Preußen als nachteilig empfunden.¹⁾ Doch erst der vom verfassungsgebenden Norddeutschen Reichstag eingesetzte Ausschuß vollzog die Loslösung von dieser Einschränkung, und dies auch nur nach langwierigen Erörterungen und bloß für den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund (1870). Die Umarbeitung, welche dieser Entwurf später im preußischen Justizministerium erfuhr, ergab schließlich das neue Rechtsmittel der Revision²⁾, nach deren Muster dann auch die strafrechtliche Revision gebildet wurde. Hier wurde das letztinstanzliche Rechtsmittel erstmalig bei jeder behaupteten Gesetzesverletzung gewährt. Als solche war es anzusehen, "wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden" war.

Um den Unterschied gegenüber dem bisherigen Recht deutlich in Erscheinung treten zu lassen, vor allem denjenigen zu der Nichtigkeitsbeschwerde des gemeinen Rechts und dem Kassationsrekurs des französischen Rechts, gab man dem neuen Rechtsmittel die Bezeichnung "Revision" und ließ den bis dahin üblichen Ausdruck "Nichtigkeitsbeschwerde" fallen.³⁾

- 1) Vgl. den diesbezüglichen Gesetzesentwurf des preußischen Justizministeriums, zit. und besprochen bei Schwinge, Grundlagen, S.17.
- 2) Die Einführung der Revision geht auf Plancks Initiative zurück. - Die Revision konnte nunmehr erhoben werden gegen landgerichtliche Urteile an das Oberlandesgericht und bei Diformität der Urteile erster und zweiter Instanz als sog. "Oberrevision" an das Reichsgericht.
- 3) Dazu, daß von einer selbständigen Neugestaltung nur in Bezug auf die äußere Form, keineswegs in Bezug auf den Inhalt und den Kern des Rechtsmittels gesprochen werden kann, vgl. auch Duske, Die Aufgaben der Revision, S.90.

Für das letztinstanzliche Rechtsmittel wurde dieser Name auch deshalb gewählt, um die grundsätzliche Übereinstimmung mit der Zivilprozeßordnung deutlich werden zu lassen.¹⁾

Die Tatsache, daß bei dem neuen Rechtsmittel die unterschiedliche Behandlung von materiellrechtlichen und prozessualen Rechtsrügen aufgegeben worden war, ließ die Behauptung der Schöpfer der Strafprozeßordnung glaubhaft erscheinen, es handele sich bei der Revision um ein völlig neuartiges Rechtsmittel. Dieser Irrtum war auch politisch von Vorteil.

Die Aufgaben des neuen Rechtsmittels blieben aber dieselben wie im preußischen Recht. Die Revision sollte - ebenso wie vorher die Nichtigkeitsbeschwerde - bei Sachrügen in erster Linie die Einheit des Rechts wahren, bei Verfahrensrügen die Kontrolle über die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens gewährleisten.

Es ist das Verdienst Schwinges, Entwicklung und Unterschied dieser beiden Revisionszwecke im deutschen Strafverfahren erstmals dargestellt und nachgewiesen zu haben, daß das moderne Revisionsrecht auf diese Unterscheidung nicht verzichten kann. Während bisher als die entscheidende Aufgabe der strafrechtlichen Revision die gerechte Entscheidung des Einzelfalles angesehen wurde, hat Schwinge durch historisches und teleologisches Begreifen der Revision klargestellt, daß diese nicht immer vorrangig zu behandeln ist.²⁾

Im Rahmen der Verfahrensrüge kann das Interesse der Parteien, welches auf die gerechte Entscheidung des Einzelfalles gerichtet ist, immer Beachtung finden; denn die Verfahrensrüge ist ihrer Natur nach nur auf den konkreten Fall bezogen. Die Revision bildet hier die aus rechtsstaatlichen Gründen gebotene Überwachung, durch welche gleichzeitig die Richterschaft zu gewissenhafter Beachtung des Prozeßrechts erzogen wird.³⁾

1) Vgl. Motive bei Hahn, Mat.I, S.250.

2) Schwinge, Grundlagen der Revision, passim.

3) Für die Kontrollfunktion auch Löwe-Rosenberg (Jagus), Vorbem. vor § 333 StPO gegen die Behauptung der Mot., S.211: Der Ermessensspielraum, welcher dem Revisionsrichter erlaubt, bei seiner Ansicht nach für die erste Entscheidung ursächlichen Verfahrensmängeln von einer Zurückverweisung abzusehen, ist bei beiden Rechtsmitteln der gleiche. - Über die Ähnlichkeit zwischen der seit 1833 im preußischen

Das Interesse der Parteien an der Entscheidung des Einzelfalles muß dagegen zurücktreten, wenn die Sachrüge erhoben ist. Hier, auf dem Gebiet des materiellen Rechts, fällt dem Revisionsgericht als Spitzengericht noch eine weitere Aufgabe zu, die es im Interesse der Allgemeinheit vorrangig behandeln muß: die Wahrung der Einheit des Rechts, die ihrerseits ein Erfordernis der Gerechtigkeit bildet und die notwendige Voraussetzung für eine stetige Rechtsfortbildung im Staate ist.¹⁾

Schwinge hat in seiner Untersuchung über die Revision auch die Stellung des Revisionsgerichts in Deutschland und seine Bedeutung für die Rechtspflege herausgearbeitet. Die Revision gehört weder - wie etwa die Kassation in Frankreich - zu den Rechtsmitteln, die nur das Aussprechen abstrakter Rechtssätze in Veranlassung vorgelegter Fälle zum Inhalt haben, noch bleibt sie dem Einzelfall derart verhaftet, daß sie lediglich diesen entscheidet.

Die Entscheidungen des letztinstanzlichen Gerichts erfüllen vielmehr, wie Schwinge nachgewiesen hat, im deutschen Recht mehrere Zwecke: Indem das Revisionsgericht, ohne von dem streitigen Lebensverhältnis des Einzelfalles abzusehen, sich am Rechtseinheitszweck orientiert, findet es die Entscheidung, die über den Einzelfall hinausgehend zugleich das materielle Recht fortentwickelt und außerdem als Musterfall die Richtlinie für zukünftige Entscheidungen gibt.

An dem grundsätzlichen Inhalt der Revision wurde im übrigen

Rechtskreis bekannten Nichtigkeitsbeschwerde und dem Rechtsmittel der Revision vgl. auch Möhring in NJW 1949, S.1ff. Schwinge, a.a.O. S.36ff. und für das heutige Recht Baur in ZZP 71, S.161ff.. Letzterer vertritt die Ansicht, bei der verfahrensrechtlichen Revision handele es sich stets um "eine aus rechtsstaatlichen Gründen gebotene Überwachung des konkreten Verfahrens der Vorinstanz". Vgl. ebenso Möhring, a.a.O.

1) So Schwinge, Grundlagen, S.39ff., insbes. S.46,47. Schon im 1.Drittel des 19.Jhdts. erlitt die Kassation (die zunächst ausschließlich ein Organ der Justizaufsicht sein sollte) diesen Zweckwandel auf die Rechtseinheit hin. Die Revision wurde zunächst "weitherzig" gehandhabt, seit den letzten 40 Jahren steht aber im französischen wie im deutschen Verfahren der Rechtseinheitsgedanke so stark im Vordergrund, daß der Unterschied zwischen Kassation und Revision völlig in den Hintergrund getreten ist (vgl. hierzu Schwinge, a.a.O. Fußnote 41 und 42 auf S.47).

seit 1877 trotz verschiedentlicher Reformbestrebungen¹⁾ nichts geändert: Jede behauptete Verletzung materiellen und formellen Rechts, die für ein vermeintliches Urteil ursächlich sein kann, ist ein Revisionsgrund (§ 337 StPO).

Unverändert hat man auch an dem Grundsatz festgehalten, daß das Revisionsgericht den Fall nicht selbst entscheidet. Soweit der Beschwerdeführer mit der Revision durchdringt, beseitigt das Revisionsgericht vielmehr nur das vorinstanzliche Fehlurteil und verweist die Sache zurück in die Instanz, die in dem durch das Urteil bestimmten Umfang und aufgrund der Rechtsauffassung des Revisionsgerichts erneut verhandelt und entscheidet (§ 354 Abs.2 StPO).

Eine selbständige, endgültige Entscheidung darf das Revisionsgericht nur ausnahmsweise fällen: wenn aufgrund des vorliegenden Tatbestandes "ohne weitere tatsächliche Erörterungen nur auf Freisprechung oder auf Einstellung oder auf eine absolut bestimmte Strafe zu erkennen ist oder das Revisionsgericht in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe oder das Absehen von Strafe²⁾ für angemessen erachtet" (§ 354 Abs.1). Eine eigene Sachentscheidung ergeht ferner, wenn das Revisionsgericht das Urteil aufhebt, weil zur Zeit der Entscheidung des Revisionsgerichts ein anderes Gesetz gilt als zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Entscheidung (§ 354a StPO).

Die Fälle der §§.354 Abs.1 und 354a StPO sind jedoch nicht häufig. Bei der Masse der erfolgreichen Revisionen erstreckt sich darum die Entscheidungsgewalt des Revisionsgerichts nur

1) Vgl. die ausführlichen Literaturhinweise bei Schwinge, a.a.O. S.204ff.

Die einstweilen auf das übrige Prozeßrecht beschränkten Bestrebungen des 44. Deutschen Juristentages, die Grundsatzrevision einzuführen, werden nicht ohne Auswirkungen auf das Strafverfahren bleiben. Zu den damit verbundenen Gefahren vgl. den Bericht von Dettmar Cramer in der FAZ vom 14.Sept. 1962, ferner Arndt in NJW 1962, S.1360ff. (insbes. S.1363 u.1364) und Hanack in NJW 1962, S.1991ff.

2) Das "Absehen von Strafe" wurde erst mit dem Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.8.1951 (BGBl. I, S.739) bei gleichzeitiger Einfügung des § 153a StPO in den Wortlaut des § 354 Abs.1 StPO aufgenommen.

auf die Aufhebung des Fehlurteils, verbunden mit der Rückverweisung.¹⁾

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung des § 349 Abs.2 StPO
(Lex Lobe)

Die Anforderungen, die früher wie heute an eine Revisionsbegründung gestellt werden, ergeben sich aus den §§ 341, 344 und 345 StPO. Danach müssen Form und Frist des Rechtsmittels gewahrt sein. Der Beschwerdeführer muß außerdem die Erklärung abgeben, inwieweit er das Urteil anfechten und dessen Aufhebung beantrage und die Anträge begründen.

Man unterscheidet im einzelnen drei Fälle, in denen die beschlußweise Erledigung gestattet ist:

1. die Verwerfung durch den Richter der Vorinstanz nach § 346 Abs.1 StPO wegen grober Formmängel,
2. die Verwerfung durch den Revisionssenat nach § 349 Abs. 1 StPO wegen Unzulässigkeit,
3. Die Verwerfung durch den Revisionssenat nach § 349 Abs. 2 StPO bei "offensichtlicher Unbegründetheit" (daneben gibt es neuerdings auch die beschlußweise Aufhebung des angefochtenen Urteils bei einstimmiger Begründetheit einer zugunsten des Angeklagten eingelegten Revision nach § 349 Abs.4 StPO).

Die drei Verwerfungsbeschlüsse dienen dem Zweck, das Revisionsgericht durch Zurückweisung ungenügender Revisionen im Beschlußwege zu entlasten. Die in § 349 Abs.2 StPO vorgesehene Entscheidungsmöglichkeit ist heute praktisch am wichtigsten. Sie hat sich aus den vorher geregelten Verwerfungsbeschlüssen entwickelt und steht darum logisch und historisch an letzter Stelle. Für ihr Verständnis ist deshalb eine inhaltliche Erläuterung der beiden älteren Beschlüsse wegen Unzulässigkeit und ein kurzer Überblick über die Gesamtentwicklung notwendig.

1) Vgl. Tabelle VIII zu dem Verhältnis zwischen eigenen Entscheidungen des Revisionsgerichts zu denen der unteren Instanz.

A. Der Inhalt der Verwerfungsbeschlüsse wegen Unzulässigkeit

1. Die Verwerfung durch den iudex a quo, § 346 Abs.1 StPO

Schon im Entwurf zur Strafprozeßordnung war ein Verwerfungsbeschuß des Tatrichters vorgesehen.¹⁾ Die entsprechende Vorschrift wurde auch in der 1. Lesung der Kommission anstandslos angenommen²⁾ und gilt heute noch in der damaligen Fassung. Danach kann der Tatrichter die bei ihm gemäß § 341 StPO einzulegende Revision des Beschwerdeführers als unzulässig verwerfen:

1. wenn sie zu spät eingelegt wurde,
2. wenn sie zu spät begründet wurde,
3. wenn die Revisionsbegründung nicht in der vorgeschriebenen Form angebracht wurde. Die Form ist gewahrt, wenn die Revisionschrift von einem Rechtsanwalt oder Verteidiger unterzeichnet oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt wurde, § 345 Abs.2 StPO 3).

Über diese ausdrücklich im Gesetz genannten Frist- und Formmängel darf die Prüfung des Tatrichters keinesfalls hinausgehen, damit Eingriffe in die Zuständigkeit des Revisionsgerichts vermieden werden.⁴⁾

- 1) Der heutige § 346 StPO entspricht in seiner Fassung im wesentlichen dem § 307 der Vorlage für den Reichstag von 1874 (1.u.2. Lesung).
- 2) Vgl. 1.Lesung der Kommission, 73.Sitzung, in der der damalige § 307 "ohne Debatte angenommen" wurde, Hahn, Mat.I, S.1043 Mitte.
- 3) denn der Angeklagte selbst kann als Laie die vorstehenden Anforderungen in der Regel nicht übersehen, v.Hippel, Lehrb. S.587.
- 4) Schon RGSt. 1,266 verbietet die Beanstandung anderer Form-erfordernisse; ebensowenig darf die fehlende Legitimation desjenigen, der das Rechtsmittel eingelegt hat, den Vorder-richter zu einer Entscheidung nach § 346 Abs.1 StPO verleiten. So ausdrücklich wieder der BGH in einem Beschluß vom 21.1.1959 - 4 StR 523/58 abgedr. in MDR 1959, S.507: "§ 346 I StPO begrenzt die Zuständigkeit des Gerichts auf die in ihm genannten Fälle ... Über die Unzulässigkeit aus anderen Gründen hat dagegen das Revisionsgericht nach § 349 Abs.1 StPO zu entscheiden. Das läßt schon der eindeutige Wortlaut des Gesetzes erkennen. Aber auch der Sinn der Vorschrift spricht dafür, dem Tatrichter von den ihrem Wesen nach zur Entscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts gehörigen Fragen nur solche zu überlassen, die ausschließlich eine rein förmliche Nachprüfung erfordern, andere - im allgemeinen schwierigere - Fragen indessen der Entscheidung des Revisionsgerichts vorzubehalten." - Ebenso auch Gage-Sarstedt, Die Revision, S.194 und Eb.Schmidt, Kommentar, § 346 II und

Beschließt der Tatrichter die Verwerfung der Revision als unzulässig aus einem ihm nach Abs.1 zur Überprüfung nicht verstatteten Gesichtspunkt, so kann der Beschwerdeführer binnen einer Woche nach Zustellung des Beschlusses gemäß § 346 Abs.2 S.1 StPO einen Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts stellen, an das die Akten in diesem Falle einzusenden sind.¹⁾

Die Vollstreckung des Urteils wird hierdurch zwar nicht gehemmt (§ 346 Abs.2 S.2 StPO), es wird aber erreicht, daß ein Beschwerdesenat des Revisionsgerichts einen unrichtigen Beschluß des Vorderrichters aufheben kann. Damit ist eine Kontrolle über Inhalt und Umfang der tatrichterlichen Verwerfungsbeschlüsse gewährleistet.

2. Die Verwerfung durch den iudex ad quem, § 349 Abs.1 StPO

Mit dem Erlaß der Strafprozeßordnung am 10.2.1877 wurde auch der Verwerfungsbeschluß nach § 349 Abs.1 - damals als § 389 Abs.1 - geltendes Recht.

Er kann vom Revisionsgericht nicht nur in den Fällen erlassen werden, in denen der Tatrichter das Vorliegen eines Mangels nach § 346 Abs.1 StPO übersehen hat²⁾, sondern auch bei Fehlen einer sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzung. Hierher gehören gemäß §§ 341, 344 und 345 StPO außer den Fällen der Nichtbeachtung von Frist- und Formvorschriften die Fälle mangelnder

III mit weiteren Literaturhinweisen; Erbs, § 346 I; Löwe-Rosenberg, Nr.1 b; KMR-Komm., § 346 Nr.1. - Ebenso OLG Hamburg in NJW 65, S.1147.

1) Darstellung des Streits um die Rechtsnatur dieser Beschwerde bei v.Hippel, Lehrb., S.587 unter Rückverweisung auf die Besprechung des § 349 Abs.2 StPO, S.571, insbes. Fußn.2. - Daneben wird auch die Einlegung der einfachen Beschwerde für zulässig gehalten, Eb.Schmidt, Komm., § 346 II 3. Wenn eine Verspätung auf unabwendbarem Zufall beruht, muß statt § 346 Abs.2 eine Wiedereinsetzung gem. §§ 44 ff. StPO beantragt werden, vgl. Gage-Sarstedt, Die Revision, S.194.

2) Wie völlig uneigenständig die Entscheidung des Vorderrichters im Rahmen des § 346 Abs.1 StPO ist, zeigt sich klar, wenn kein Verwerfungsbeschluß ergeht, das Revisionsgericht aber später Form- und Fristmängel entdeckt, die zu einer Verwerfung nach § 346 Abs.1 hätten führen müssen. Dann ist das Revisionsgericht nicht an die begünstigende Unterlassung des Tatrichters gebunden, ein Verbot der reformatio in peius wäre undenkbar.

Legitimation¹⁾, vor allem aber die Fälle, in denen die zu den Revisionsanträgen vorgeschriebene Begründung unvollständig oder unklar ist, ihr also weder eine Sachrüge noch eine ordnungsgemäß belegte Verfahrensrüge entnommen werden kann.²⁾ Dieser Normzweck ergibt sich schon aus den Motiven zu § 310, der einschlägigen Bestimmung des Entwurfs vom 29.10.1874.³⁾ Danach sollte die Befugnis des Revisionsgerichts, über die des Tatrichters hinausgehend, auch dann durchgreifen, "wenn der Beschwerdeführer nicht die erforderlichen Revisionsanträge gestellt hätte, also nicht ersichtlich wäre, in welchem Umfange das Urteil angefochten würde".³⁾ Gedacht war dieses Verfahren jedoch nur als eine "Vorprüfung quoad formalia"⁴⁾, durch die sich das Revisionsgericht von sämtlichen vermeidbaren Formalurteilen befreien sollte. Im übrigen war geplant, daß, wenn der Beschwerdeführer klar zum Ausdruck gebracht hätte, inwiefern er das Urteil der Vorinstanz anfechten wolle, bei darüber hinausgehender "Nichtbeachtung der Vorschriften über die Begründung der Revisionsanträge" die Anwendung des Beschlußverfahrens nicht mehr zulässig sein sollte; denn "die Grenze zwischen einer sachlich unrichtigen und formell ungenügenden Begründung" sei "oft schwer zu ziehen".⁵⁾

Im Gegensatz zu dem Verwerfungsbeschluß beim Tatrichter wurde die Einführung des Beschlußverfahrens beim Revisionsgericht in den Beratungen des Entwurfs in der Kommission heftig kritisiert. Sowohl in der 1. wie in der 2. Lesung beantragte der Abgeordnete Herz⁶⁾, § 310 zu streichen. Die Regelung laufe auf eine doppelte Zulässigkeitsprüfung hinaus, die überflüssig und insofern gefährlich sei, als ein solches Beschlußverfahren

- 1) Schon RGSt. 35,26; BayROLG, LZ 12,943; ferner RGSt. 66,405 (für den Einziehungsbetroffenen) und Niethammer in DRZ 1925, S.197. Ebenso RGSt. 66,421 und RGSt. 35,25; 69,244 (für den Nebenkläger).
- 2) Vgl. Eb.Schmidt, Komm., § 344 Anm.4 und Gage-Sarstedt, Die Revision, S.196; Löwe-Rosenberg (Jagusch), § 349 Anm.1.
- 3) Vgl. Hahn, Mat. Bd.3 I, S.255. § 310 des Entwurfs entspricht dem späteren § 389 StPO.
- 4) Vgl. die Ausführungen des Abgeordneten v.Puttkammer, Protokolle der Kommission des Reichstags, 1.Lesung, abgedr. bei Hahn, Mat. Bd.3 I, S.1044.
- 5) Vgl. Hahn, Mat. Bd.3 I, Motive des Entwurfs, S.255.
- 6) Vgl. Hahn, Mat. Bd.3 I, Protokolle, S.1044 und 2.Lesung Bd. 3 II, S.1401-1402.

"hinter verschlossenen Türen" vor sich gehe. § 310 beinhalte also eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Öffentlichkeitsgrundsatzes und führe außerdem zu einem stillschweigenden Instanzverlust. Dem widersprach der Abgeordnete Reichensperger¹⁾ mit dem Argument, "die Erörterung von Vorfragen" sei "mit dem Wesen einer öffentlichen Sitzung nicht vereinbar". - Die anderen Befürworter der Bestimmung beriefen sich vor allem auf die "sehr erheblichen Zweckmäßigkeitsgründe"²⁾, die "für den Entwurf sprächen": Einmal sei "der praktische Nutzen"³⁾ der Bestimmung, der in der "Vereinfachung der Geschäfte des Revisionsgerichts" liege, nicht zu unterschätzen; es sei aber auch zu bedenken, daß bei Durchführung eines ordentlichen Revisionsverfahrens dem Angeklagten überflüssige Kosten durch die Bestellung eines Verteidigers verursacht würden, die "durch das Beschlußverfahren vermieden würden".⁴⁾ Diese Ansicht überzeugte. Nach der 2. Lesung stimmte die Mehrheit der Kommission der Vorschrift des Entwurfs zu. -

Die Zweckmäßigkeitserwägungen von damals bilden auch heute noch die ratio legis der Vorschrift: Das Revisionsgericht soll sich von vermeidbaren Formalurteilen so schnell wie möglich befreien können.⁵⁾

Diese Entlastung erschien auch von Anfang an deshalb geboten, weil jeder Fall von Unzulässigkeit eigentlich ein Urteil in der Sache verbietet. Würde Hauptverhandlung anberaumt, könnte das Revisionsgericht lediglich den bereits vorher festgestellten Verfahrensmangel in der Verhandlung nochmals feststellen. Anschließend müßte sofort Prozeßurteil⁶⁾ ergehen, weil

- 1) Hahn, Bd.3 I, S.1044. Ähnlich heute Arndt in NJW 1962, S. 1663: Das Nichtzugelassensein des Richters bedeutet die Rechtswidrigkeit (!) des Rechtsmittels.
- 2) Vgl. Abg. Struckmann, Protokolle abgedr. bei Hahn, Bd.3 I, S.1044.
- 3) Vgl. Geh.Regierungsrat Hanauer, a.a.O. und in 2.Lesung, gleichfalls bei Hahn, Bd.3 II, S.1402.
- 4) So Abg. v.Puttkammer, a.a.O. S.1044.
- 5) Vgl. Eb.Schmidt, Lehrkomm. zu § 349 StPO Anm. B I.
- 6) Zu dem Streit, was heute zu geschehen habe, wenn sich formale Mängel erst in der Revisionshauptverhandlung herausstellen, vgl. Egberts, S.29ff., insbes. S.34. Egberts beruft sich auf Beling und Birkmeyer und will durch Beschluß die Hauptverhandlung beenden. A.A. aber Stenglein und Binding, die durch Urteil entscheiden wollen (Egberts, a.a.O.).

jedes weitere Verhandeln in der Sache der verfahrensrechtlichen Grundlage entbehren würde. Diese Mühe erscheint unnötig. Eine Hauptverhandlung muß sich erübrigen, wenn die Verwerfung der Revision schon vorher als unvermeidlich erkannt wird. Sie kann darum entfallen.

Aus diesen Gründen ist auch nie daran gezweifelt worden, daß die Verwerfung, die nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes¹⁾ nur ergehen "k a n n", doch in jedem Falle ergehen muß.²⁾

Theoretisch denkbar wäre eine Erweiterung der tatrichterlichen Prüfungskompetenz zu einer umfassenden Zulassungsprüfung im Rahmen des § 346 StPO. Dies ist jedoch niemals vorgeschlagen worden. Eine solche Kompetenzerweiterung wäre auch keine gute Lösung. Sie würde den Tatrichter mit der Durcharbeitung der Revision belasten. Diese Aufgabe soll und muß aber dem Revisionsgericht vorbehalten bleiben.³⁾

Außerdem ist § 346 Abs.1 StPO auch inhaltlich nicht zur Erweiterung geeignet.⁴⁾

- 1) Die Vorschrift ist keine echte "Kann"-Bestimmung in dem Sinne, daß dem Revisionsgericht freistünde, zwischen Beschluß- und Urteilsform zu wählen, obwohl die Formulierung "Andernfalls ..." in Abs.3 des § 349 eine Alternative zu eröffnen scheint. Daß nicht jedes "Können" dem Richter ein Ermessen einräumt, wurde schon von Mannheim, Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße, S.151 u.152, erkannt. In jüngster Zeit vgl. vor allem Warda, ungedruckte Habilitationsschrift, zit. bei Penner, S.16; Warda führt für die zahlreichen Mußvorschriften, die in der StPO das Wort "kann" verwenden, als Beispiele u.a. an §§ 111a Abs.1, 126a Abs.1, 153 Abs.2.
- 2) Speziell für § 349 Abs.1 (den damaligen § 389 I) erklärten Bennecke-Beling in § 132 IV und § 129 Bem.18, es sei undenkbar, daß das Gericht, wissend, daß die Revision unzulässig sei, dennoch in eine Hauptverhandlung eintrete.
- 3) Eingehende Begründung bei Schwinge, Grundlagen, S.231ff., insbes. S.235. Über die sich daraus ergebende seltsame Zwischenstellung des § 346 StPO vgl. James Goldschmidt, Der Prozeß, S.511: "Unbeachtlich wäre ein Beschluß, der einen rechtskräftigen, auf Grund § 346 erlassenen Verwerfungsbeschluß aufhebt, ein unter Nichtbeachtung des Verwerfungsbeschlusses ergehendes, der Revision stattgebendes Urteil wäre beachtlich". (Unter Berufung auf RGSt. 37,292).
- 4) Besonders klar OLG Kassel in JW 1930,2598 zu den engen inhaltlichen Grenzen des § 346 Abs.1. Dort hatte der Tatrichter den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verwerfung der Revision des Angeklagten aus § 346 zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht Kassel hielt in diesem Fall die nach § 346 Abs.2 StPO eingelegte Beschwerde der Staatsanwaltschaft für begründet und führte dazu aus: "Unter Abweichung von der

B. Die Entstehung des § 349 Abs.2 StPO aus dem 2. Verwerfungs-
beschluß wegen Unzulässigkeit durch den iudex ad quem
(§ 349 Abs.1 StPO)

Die Ausdehnung des Beschlußverfahrens auf die Fälle der offensichtlichen Unbegründetheit wurde durch weitherzige Auslegung des § 349 Abs.1 StPO vorbereitet. Da bei der Revision - anders als bei der Berufung (§ 322 StPO) - der Antrag des Beschwerdeführers sofort mit einer schriftlichen Rechtfertigung versehen sein muß, gehört diese sogenannte Begründung hier zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 344, 345 StPO). - Wird nun die Verletzung formellen Rechts gerügt, müssen in der Begründung die Fakten genannt werden, auf denen die behauptete Verletzung beruht; das bestimmt § 344 Abs.2 S.2 StPO. Anders ist es bei der Sachrüge; hier kann der Anwalt sich auf den allgemeinen Satz beschränken: "Die Verletzung materiellen Rechts wird gerügt." Oft bleibt es aber nicht bei dieser knappen Form der Rüge. Es werden zusätzliche Ausführungen gemacht, die ihrem Wesen nach nicht geeignet sind, die Sachrüge rechtlich zu stützen. Dann stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich die Unzulässigkeit der Revision noch aus dem Inhalt der Begründungsschrift ergeben kann. In dieser Frage liegt der Ansatzpunkt für die Entwicklung des § 349 Abs.2 StPO.

Schon lange vor der Jahrhundertwende sah man die Revision als "unzulässig" an, wenn in der Begründungsschrift nur die

grundsätzlichen Regelung der Zuständigkeit innerhalb des Instanzenzuges der Prozeßordnungen ist in § 346 Abs.1 StPO dem Instanzgericht die Befugnis gegeben worden, in einem bestimmten Rahmen über ein gegen eine eigene Entscheidung eingelegtes Rechtsmittel zu entscheiden. Das erkennende Gericht ist jedoch nur befugt, die Unzulässigkeit der Revision auszusprechen. Es kann daher keine Entscheidung fällen, die seine Ansicht über die Zulässigkeit der Revision zum Ausdruck bringt. Erachtet das erkennende Gericht den Antrag der Staatsanwaltschaft aus § 346 StPO nicht für begründet, so hat es, ohne selbst eine Entscheidung zu treffen, nach § 347 StPO zu verfahren, also die Entscheidung dem Revisionsgericht zu überlassen. Auch der erkennende Senat kann sich über die Frage der Zulässigkeit der Revision nicht äußern, da er mit der Sache als Beschwerdegericht befaßt ist und der Entscheidung des Revisionssenats nicht vorgreifen darf."

Eine Ausdehnung des § 346 Abs.1 für den iudex a quo auf umfassende Zulässigkeitsprüfung verbietet sich also.

tatsächliche Würdigung der Beweisergebnisse angegriffen oder nur die Feststellung von Tatsachen beanstandet worden war. Man war der Ansicht, es fehle in diesen Fällen an jeglicher behaupteten "Gesetzesverletzung"; die Erfordernisse des § 344 StPO seien nicht erfüllt, womit das inhaltliche Mindesterfordernis einer Revision gleichfalls in Wegfall geraten sei.

Symptomatisch für diese Rechtsprechung war folgende Entscheidung des Reichsgerichts¹⁾: Ein Beschwerdeführer hatte, was grundsätzlich gemäß §§ 344, 352 StPO genügt, die allgemeine Sachrüge erhoben und sogar einen Paragraphen dazu angeführt. Trotzdem hatte das Reichsgericht die Sachrüge als unzulässig verworfen, weil "aus den weiteren Darlegungen ersichtlich sei, daß der Beschwerdeführer nur die Beweisführung bekämpfen wolle".²⁾ Es stand aber auch damals außer Zweifel³⁾, daß es nicht mehr zu den Aufgaben des vor der Hauptverhandlung nur mit der Überprüfung der formalen Zulässigkeit betrauten Revisionsgerichts gehört, die Ausführungen einer Revisionsbeurteilung im einzelnen auf ihre Stichhaltigkeit hin zu untersuchen.

Die Kompetenzüberschreitung wurde sofort als solche erkannt und löste heftige Ablehnung aus.⁴⁾ Gleichzeitig muß sie aber auch als Weg zu einer begrüßenswerten Entlastung des Reichsgerichts empfunden worden sein. Das ergibt sich aus der späteren Kommentierung dieser Entscheidung, die z.B. bei Löwe-Rosenberg einerseits zwar als zu weitgehend gerügt, andererseits aber auch als äußerst zweckmäßige und hilfreiche Lückenfüllung des alten Verfahrensrechts gelobt wurde. In dieser alten Auflage des Kommentars von Löwe-Rosenberg aus dem Jahre 1927 heißt es, daß seit Erlass des § 349 Abs.1 S.2 (= § 349 Abs.2 der heutigen Fassung) eben kein "praktisches Bedürfnis" mehr für die "weite Auslegung des Unzulässigkeitsbegriffes in § 349 Abs.1 Satz 2"⁵⁾

1) So in Ansätzen schon RGSt. 1,257; 8,336; 40,99; 53,235; 67,197 (198). Vgl. zur Bedenklichkeit dieser Erweiterung auch Seibert, NJW 1948, S.371.

2) RG JW 21, S.840, 841 mit Anmerkung von Stein.

3) vgl. die Motive des Entwurfs bei Hahn, Bd.3 I, S.255.

4) Stein, a.a.O., der überhaupt den Inhalt der Anträge nach § 349 Abs.1 überprüft wissen wollte.

5) Löwe-Rosenberg, 17.Aufl., § 349 Anm.2 a.E. - Mittelbar zu entnehmen auch Hartung, DRZ 1950, S.219.

bestünde, da man inzwischen in derselben Weise eine Revision auch wegen offensichtlicher Unbegründetheit verwerfen könne.

Es ist anzunehmen, daß die oben genannte Entscheidung des Reichsgerichts die Diskussion um einen Verwerfungsbeschluß wegen offensichtlicher Unbegründetheit im Rechtsausschuß des Reichstages überhaupt in Gang brachte. Daß sie gerade im Jahre 1921 erging¹⁾, war sicher kein Zufall. Die Überlastung der Rechtsmittelgerichte, insbesondere des Reichsgerichts, hatte danach ernste Ausmaße angenommen. Dazu hatten mehrere Umstände beigetragen:

Während des Ersten Weltkrieges waren die Geschäfte des Reichsgerichts zunächst erheblich zurückgegangen. Seit dessen Beendigung aber hatten sie ständig zugenommen, so daß im Jahre 1921 Zahlen erreicht wurden, wie sie die Geschäftsübersichten auch der ungünstigeren Jahre der Vorkriegszeit nicht annähernd aufweisen konnten. Der Wegfall der Militärgerichtsbarkeit führte ebenfalls zur Vermehrung der Arbeitslast der ordentlichen Gerichte und erhöhte damit den Arbeitsanfall beim Reichsgericht.

Die dem Reichsgericht zur Aburteilung in erster und letzter Instanz zugewiesenen Fälle des Hoch- und Landesverrats hatten, durch die politischen Verhältnisse bedingt, an Zahl und Umfang zugenommen. Außerdem hatte das Reichsgericht die Delikte nach dem neuen Gesetz zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Kriegsvergehen²⁾ abzuurteilen.

Bei den Strafsenaten des Reichsgerichts kam noch ein weiteres Moment hinzu, welches die allgemeine Arbeitslast erhöhte: Schon unter normalen Umständen machte ein Verurteilter in Strafsachen von einem Rechtsmittel allein deshalb gern Gebrauch, um die Rechtskraft des Urteils hinauszuzögern und sich auf diese Weise längeren Strafaufschub zu verschaffen. Dies mußte um so verlockender erscheinen, je länger die Zeitspanne zwischen der Einlegung der Revision und dem vermutlichen Verhandlungstermin unter den geschilderten Verhältnissen geworden war. Die auf Grund dieser Erwägungen und der allgemeinen Rechtsunsicherheit

1) Entsch. des RG IV vom 4. Februar 1921.

2) vom 18. Dezember 1919 (RGBl. S. 2155), ergänzt am 24. März 1920 (RGBl. S. 342) und am 12. Mai 1921 (RGBl. S. 508).

nach dem Kriege recht häufig eingelegten Revisionen drohten nun ihrerseits die Überlastung des Reichsgerichts noch zu steigern, was eine noch stärkere Verzögerung der Erledigung zur Folge gehabt hätte.

Man sah sich also einer Situation gegenüber, die alsbaldige Entlastungsmaßnahmen erforderlich machte, wenn nicht die Rechtspflege schweren Schaden erleiden sollte.

Eine der damaligen Geschäftslast entsprechende Vermehrung der Richterstellen wäre eine mögliche Lösung gewesen, doch wurde sie nicht nur aus finanziellen Gründen abgelehnt.¹⁾ Der damalige Justizminister Gustav Radbruch erkannte sofort die darin liegende Gefahr für die Rechtseinheit und verwies in der Begründung zum Gesetzesentwurf auf die eingehenden Beratungen, die anlässlich der Besprechung der Entlastungsgesetze von 1905 und 1910²⁾ zu dem Ergebnis geführt hatten, daß eine Überbesetzung des höchsten Gerichts nicht zweckmäßig sei. Schon damals hatte man nämlich nach eingehender Beratung die Erkenntnis gewonnen, daß das Reichsgericht die Rechtseinheit nur wahren kann, wenn sich die Zahl seiner Mitglieder und Senate innerhalb einer Grenze hält, die ihnen eine enge Fühlungnahme gestattet.³⁾

Da man den Apparat zur Bewältigung der anfallenden Revisionen nicht mehr ausbauen konnte, blieb nur eine einschneidende Verringerung der Arbeitslast des Reichsgerichts als Ausweg übrig.

Der entscheidende Vorschlag ging vom Reichsgericht selber aus, und zwar von Senatspräsident Adolf L o b e . Ihm kam es darauf an, leichtfertig eingelegte Revisionen durch ein Schnellverfahren auszuschließen. Er wollte dem Reichsgericht eine zweckmäßige gesetzliche Handhabe geben, formell ordnungsmäßige

- 1) Vgl. Begründung zum Gesetz v. 8.7.1922 in: Stenogr. Ber. d. Verh. d. Reichstags, I. Wahlperiode, Bd. 374, S. 4887-88.
- 2) Vom 5. Juli 1905 und 22. Mai 1910. Begründungen und Kommissionsberichte sind zu entnehmen: Drucks. des Reichstags, 11. Legislaturperiode, I. Session 1903-1904, Nr. 415, 782; 12. Legislaturperiode, II. Session 1909/10, Nr. 309, 431.
- 3) Für den Zivilprozeß war dort die Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen durch ein Vorprüfungsverfahren am Revisionsgericht vorgeschlagen und beraten worden. Da man aber von der zweifachen Prüfung mehr Verzögerung als Erleichterung erwartete, lehnte man das neue Gesetz ab, vgl. Schwinge, Grundlagen, S. 232 oben.

Revisionen dann ausnahmsweise durch Beschluß statt durch Sachurteil zu erledigen, wenn sie sich als "offensichtlich unbegründet" erwiesen. Damit war die Notwendigkeit, jede noch so unzureichend begründete, aber formell zulässige Revision durch eine Hauptverhandlung zu erledigen, beseitigt, die Zahl der Termine stark herabgemindert und das Reichsgericht soweit entlastet, daß es nun seine Zeit und Arbeitskraft auf die rechtlich problematischen Fälle konzentrieren konnte, deren Entscheidung für die Rechtspflege wichtig war.

Am 2. Juni 1922 legte Justizminister Radbruch nach Zustimmung des Reichsrates dem Reichstag die Veränderung der Bestimmung des § 389 StPO innerhalb des Entwurfs eines "Gesetzes zur weiteren Entlastung der Gerichte" vor.¹⁾ Bis dahin hatte diese einschlägige Bestimmung, die durch den Entwurf nun erweitert wurde, folgenden Wortlaut gehabt:

§ 389

"Erachtet das Revisionsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder die über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen. Andernfalls entscheidet es über dasselbe durch Urteil."

Nun sollte die Vorschrift folgendermaßen abgeändert werden:

"Im § 389 Abs. 1 werden hinter dem Worte "beobachtet" die Worte "oder ist die Revision offensichtlich unbegründet" eingefügt; ferner treten an die Stelle der Worte "als unzulässig" die Worte "im ersteren Falle als unzulässig im zweiten als unbegründet". 2)

Die Gesetzesbegründung enthielt den Vorschlag, die Neuerung nicht nur dem Reichsgericht, sondern möglichst auch den überlasteten Oberlandesgerichten zugute kommen zu lassen. Außerdem sollte für einen Beschluß des erkennenden Senats einfache Mehrheit genügen. Auffällig erscheint heute ferner, daß, obwohl nach dem angegebenen Gesetzeszweck lediglich die Beschlußverwerfung von in Verschleppungsabsicht eingelegten Revisionen der Angeklagten geplant war, der Entwurf von Anfang an auch

1) Abgedruckt als Anlage Nr. 4450 bei den Verhandlungen des Reichstags 1. Wahlperiode 1920, Bd. 374, S. 4887 (4890), Art. IV Ziffer 1.

2) Abgedruckt als Anlage Nr. 4450 bei den Verhandlungen des Reichstags 1. Wahlperiode 1920, Bd. 374, S. 4890.

die Verwerfbarkeit von Revisionen der Staatsanwaltschaft vorsah.¹⁾

Als am 14. Juni 1922 die erste Beratung des Gesetzentwurfs stattfand, stellten die Abgeordneten Levi und Hoffmann (USPD) den Gegenantrag, die ganze Vorschrift aus dem Entwurf zu streichen; dieser wurde aber abgelehnt. Daraufhin beantragte der Abgeordnete Warmuth (D.Nat.), den Entwurf dem Rechtsausschuß zu überweisen.²⁾ Dieser kam zu dem Entscheid³⁾, der die Bestimmung enthaltende Art. IV Ziff. 1 solle unverändert übernommen werden.

In der 2. Lesung und Beratung des Entwurfs im Plenum des Reichstages am 1. Juli 1922 versicherte der Vertreter der Regierung, Ministerialdirektor Oegg, daß "die Absicht nur dahin gehe, in den recht zahlreichen Fällen, in denen offensichtlich, also ohne daß nach irgendeiner Richtung ein Zweifel obwaltet, die Revision unbegründet ist, zu vermeiden, daß der große Apparat der Hauptverhandlung eintreten muß, und damit einer Hauptursache der übergroßen Belastung der Revisionsgerichte entgegenzuwirken ..."⁴⁾. Man denke dabei "vorwiegend an Revisionen, die nur tatsächlich begründet und in Verschleppungsabsicht eingelegt sind."⁴⁾

Gegen diese "Verkürzung der Rechte des Angeklagten"⁵⁾ erhob der kommunistische Abgeordnete Herzfeld lebhaften Protest. Er behauptete, der Hauptzweck der neuen Bestimmung sei, politisch unliebsamen Angeklagten stillschweigend die letzte Instanz abschneiden zu können.⁶⁾ Herzfelds Polemik konnte sich jedoch

1) was wohl damit zusammenhängt, daß der Oberreichsanwalt nicht befugt war, die Revision der Staatsanwaltschaft von sich aus zurückzunehmen. Vgl. Wimmer, NJW 1950, S. 201ff.
2) 226. Sitzung des Reichstages, vgl. Stenogr. Ber. d. Verh., Bd. 355, S. 7798.

3) Mündlicher Bericht des 22. Ausschusses Nr. 4538 der Drucksachen, genannt in den Stenogr. Ber. d. Verh. d. Reichstags, Bd. 356, S. 8251. - Berichterstatter: Abg. Dr. Warmuth.

4) 241. Sitzung, vgl. Stenogr. Ber. d. Verh. d. Reichstags, 1. Wahlperiode 1920, Bd. 356, S. 8253, 54.

5) ebda. S. 8251-54.

6) Seine Bedenken sind verständlich.

Der Reichstag stand unter dem Eindruck des soeben (am 24. 6. 1922) verübten Attentates an Außenminister Walter Rathenau. Noch am Tage des Mordes war durch Verordnung des Reichspräsidenten die Einsetzung eines außerordentlichen Staatsgerichtshofes bestimmt worden, dessen drei Mitglieder zunächst

nicht auswirken. Die Mehrheit des Reichstags gab vielmehr ihre Zustimmung einem neuen, vermittelnden Vorschlag der beiden Abgeordneten Levi und Hoffmann, die jetzt eventualiter außer der schon in der ersten Lesung geforderten Streichung beantragten

1. die neue Bestimmung nur für das überlastete Reichsgericht gelten zu lassen und dies
2. mit der Einschränkung, daß der Senat sich "einstimmig" für die Verwerfung wegen offensichtlicher Unbegründetheit auszusprechen habe.

Als nach anschließender 3. Lesung und Beratung gegen diesen Abänderungsantrag auch kein Widerspruch erhoben wurde, war das

von Präsidium des Reichsgerichts ernannt werden sollten. Der Reichspräsident änderte die Verordnung jedoch dahingehend ab, daß er selber diese drei Richter benennen konnte. Daraus folgerten die Kommunisten, "daß die Reichsregierung also zu diesem höchsten Gericht (RG), dieser Kristallisation der Unparteilichkeit" nicht das Vertrauen habe, "daß die von seinem Präsidium für den Staatsgerichtshof bestimmten Reichsrichter unparteiisch sind." Vgl. Stenogr.Ber.d.Verh.d.Reichstags, 1. Wahlperiode, Bd.356, S.8253, 1.Sp.. Außerdem war die Gerichtszuständigkeit nach der neuen Verordnung zum Schutze der Republik höchst unübersichtlich geregelt. Ob für eine Straftat der Staatsgerichtshof oder die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig war, hing weitgehend vom Ermessen der Anklagebehörde ab. § 7 Abs.1 der VO (v.26.6.22, vgl. RGBL. 1922, I, S.521) erklärte: "Der Staatsgerichtshof ist zuständig für Gewalttaten gegen die republikanische Staatsform des Reichs oder gegen Mitglieder der jetzigen oder einer früheren republikanischen Regierung des Reichs oder eines Landes ...". Es fiel also jeder Mord, Totschlag etc. unter das Gesetz, und das Opfer der Tat mußte nur irgendwann früher einmal Mitglied einer Partei gewesen sein. Diese Rechtsunsicherheit bezeichnete Senatspräsident A.Lobe als unhaltbar in seiner Schrift "Die Gesetzgebung des Reiches und der Länder zum Schutze der Republik", Berlin 1922, S.31. Die Erhaltung des Revisionsverfahrens beim Reichsgericht, für die Herzfeld im Reichstag kämpfte, erschien besonders wichtig für die bereits in erster Instanz wegen politischer Gewalttaten Verurteilten, denn § 7 Abs.4 S.2 der genannten VO schrieb vor: "... ist in der Sache bereits ein Urteil ergangen, gegen das die Revision zulässig ist, so entscheiden die ordentlichen Gerichte."

So kommt die KP (Abg. Herzfeld) dazu, die Erweiterung des Beschlußverfahrens auf die Fälle der offensichtlichen Unbegründetheit als Rechtsverweigerung für der Regierung nicht genehme Angeklagte zu empfinden. "Offenbar unbegründet" nenne die Regierung nun "jede Revision, die nach dem Klassenempfinden des betreffenden Reichsrichters verworfen zu werden verdient ...". "... ein Entwurf, der aus rein kapitalistischen Gesichtspunkten heraus ein Ausnahmegesetz gegen die Arbeiter bedeutet, in dem Augenblick, wo man behauptet, daß man die Regierung auf die Arbeitererschaft stützen will ...". Die prozessuale Bedeutung der neuen Bestimmung wird nicht erfaßt.

Gesetz von der Mehrheit des Reichstages angenommen und konnte am 8. Juli 1922 mit folgendem Wortlaut¹⁾ in Kraft treten:

I. (1) Erachtet das Revisionsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen. (2) Das gleiche ist der Fall, wenn das Reichsgericht über die Revision zu entscheiden hat und die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erklärt wird.

II. Andernfalls wird über das Rechtsmittel durch Urteil entschieden.

Bei der eiligen Verabschiedung des Gesetzes wurde übersehen, daß sich der Satz 2 des ersten Absatzes nicht richtig in den Text einfügte. Während nach dem Regierungsentwurf die offensichtlich unbegründete Revision auch als "unbegründet" verworfen werden sollte, wurde nach dem Eventualantrag - durch die Formulierung "Das gleiche ist der Fall ..." - die unbegründete Revision nun auch als "unzulässig" verworfen. Es handelt sich dabei aber nur um ein Redaktionsversehen. Dieses war für jedermann sofort erkenntlich und machte nicht einmal eine Richtigstellung nötig.²⁾

§ 3 Der Streit um die Fortgeltung und die weitere Entwicklung des § 349 Abs. 2 StPO

Anläßlich der Emminger-Verordnung von 1924, die das gesamte Strafverfahrensrecht neu ordnete³⁾, wurde der Verwerfungsbeschluß ohne Veränderung seines Wortlauts oder seiner Stellung in den neuen § 349 StPO übernommen. - Die Emminger-Verordnung wirkte sich lediglich mittelbar auf die Bestimmung aus. Indem sie die Revision nur für zulässig erklärte, wenn in erster In-

1) RGBl. 1922, Bd. I, S. 659.

2) Vgl. Lorenz, Gesetz zur weiteren Entlastung der Gerichte vom 8.7.1922 nebst amtl. Begründung, Berlin 1922. Ebenso James Goldschmidt, Der Prozeß, S. 419, Fußn. 2189: "Die Fassung des § 349 Abs. 1 S. 2 StPO ... ist verunglückt!" Zur Belanglosigkeit solcher Redaktionsversehen vgl. Engisch, Einf. S. 169 und S. 173.

3) Auf Grund des § 43 der VO über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. Jan. 1924 (RGBl. I, S. 15) wurden die Texte der StPO und des GVG in der vom 1. April 1924 ab geltenden Fassung am 22.3.1924 im RGBl. bekanntgemacht (I, S. 299ff., insb. S. 357).

stanz das mit zwei Berufsrichtern besetzte sogenannte erweiterte Schöffengericht entschieden hatte, wurde die Revisionsfähigkeit des Reichsgerichts erheblich eingeschränkt. Nun hing die Revisionsfähigkeit eines Urteils davon ab, wo die Staatsanwaltschaft des betreffenden Landes angeklagt hatte. Viel Rechtsstoff, der im Interesse der Rechtseinheit einer reichsgerichtlichen Entscheidung bedurft hätte, wurde dadurch dem Zentralgericht entzogen.¹⁾

Im Jahre 1925 kam es zur ersten grundlegenden Kontroverse über den Inhalt des Beschlußverfahrens nach § 349 Abs.2 StPO.

Der Berliner Rechtslehrer Wilhelm Kahl, Mitglied des Reichstages und in seinem Rechtsausschuß die "bedeutendste Gestalt",²⁾ veröffentlichte in der Juristischen Wochenschrift einen vom Reichsgericht entschiedenen Rechtsfall, der seiner Ansicht nach einen groben Mißbrauch der Verwerfungsbefugnis enthielt. - Es würde zu weit führen, die Einzelheiten dieser Entscheidung hier zu erörtern.³⁾ Wesentlich daran ist heute nur noch, daß Kahl an Hand dieses Falles eine Begriffsbestimmung der "Offensichtlichkeit" aufstellte, die in die Literatur zu § 349 StPO eingegangen ist. Er kritisierte das Ergebnis, zu dem man seinerzeit im Reichstag in der Diskussion um die Vorlage gekommen war: Das Wort "offensichtlich" bedeute zwar, "ohne daß nach irgendeiner Richtung ein Zweifel obwaltet". Es sei aber davon auszugehen, daß der Fall der Offensichtlichkeit insoweit über den der bloßen "Zweifellosigkeit" hinausginge, als die Revision für das Reichsgericht "sofort erkennbar" unbegründet sein müsse. "Wenn Zweifel an der Begründetheit der Revision erst nach längerer Überlegung" auftauchten, sei "die Unbegründetheit eben nicht offensichtlich". Nur auf dieser Grundlage sei auch die Praxis des Reichsgerichts zu erklären und zu rechtfertigen, daß der=

1) Besonders übersichtlich mit statistischen Unterlagen: Gerland in Ger.S. Bd.100 (1931), S.110 ff.; vgl. auch Schwinge, Grundlagen, S.213-214.

2) so Radbruch, Der innere Weg, Stuttgart 1951, S.141.

3) Die Revision hatte gerügt, daß das Instanzgericht aus der bloßen Anwesenheit eines Angeklagten Mittäterschaft gefolgert (Sachrüge aus § 47 StGB) und bei der Beweiswürdigung(!) gegen die Denkgesetze verstoßen habe (Verfahrensrüge aus § 461 StGB). Für beide Rügen hatte der Beschwerdeführer auf die st.Rspr. des RG Bezug genommen, vgl. Kahl in JW 1925, S.1405, 2.Spalte.

artige Verwerfungsbeschlüsse entgegen § 34 StPO nicht zu begründen seien. Wenn aber die sofortige Erkennbarkeit durch Sachkundige nicht stets beachtet würde, laufe die Verwerfung einer Revision ohne Angabe von Gründen auf eine Rechtsverweigerung hinaus. Das Reichsgericht müsse sich deshalb entschließen, seine Auslegung der §§ 34, 349 Abs.1 S.2 StPO zu revidieren, d.h. auf die Fälle der sofortigen Erkennbarkeit der Unbegründetheit zu begrenzen. "Andernfalls würde es Sache des Gesetzgebers sein, die aus der Inflationszeit stammende Bestimmung des § 349 Abs.1 S.2 StPO abzubauen."¹⁾

Dieser Angriff rief sofort den Initiator der Bestimmung, Senatspräsidenten Lobe²⁾, auf den Plan, der sich zwar im wesentlichen der Auslegung von Kahl anschloß, vor einer Abschaffung der Bestimmung aber dringend warnte. Mit der Inflation habe der Verwerfungsbeschluß wegen Unbegründetheit nichts zu tun; das sei ein "rein zufälliges Zusammentreffen".²⁾ Sein Zweck rechtfertige sich vielmehr allein aus der amtlichen Begründung.³⁾ Den Begriff der Offensichtlichkeit habe er § 319 BGB⁴⁾ entnommen. Zu dieser Vorschrift habe das Reichsgericht bereits früher ausgeführt, daß "Offenbarkeit" vorliege, "wenn sich die Unbilligkeit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdränge".⁵⁾ Im übrigen habe die Vorschrift sich bewährt und das Reichsgericht fühlbar entlastet.

Nachdem man sich dergestalt über die Bedingungen seiner Anwendbarkeit geeinigt hatte, verstummte die Diskussion um den Verwerfungsbeschluß für einige Jahre.

1928, auf dem 35. Deutschen Juristentag in Salzburg, wurde wieder erwogen, ob die Vorschrift nicht, wie ursprünglich geplant, durch Gesetz auch auf die Oberlandesgerichte ausgedehnt werden sollte.⁶⁾ Man war sich inzwischen aber auch der Gefahren

1) Kahl in JW 1925, S.1406.

2) Lobe in JW 1925, S.1612.

3) Begründung des Entwurfs, Verh.d.Reichstags (Anlagen), Bd. 374, Aktenstück Nr.4450, S.4887ff., insbes. S.4890.

4) Nach § 319 BGB ist die Bestimmung einer Leistung durch einen Dritten unwirksam, wenn sie "offenbar unbillig" ist.

5) Lobe, a.a.O.

6) Lobe, Bericht vom 35. DJT in Salzburg, abgedr. in Ger.S. 1928, S.464ff. (insbes. S.476). Dasselbe forderten - unab= hängig von den Ausführungen des DJT - Lang in LZ 1928, Sp. 289 ff. (insbes. Sp.295 a.E.); Weber in DJZ 1927, S.80 und Wunderer in LZ 1924, S.789; 1926, S.201.

bewußt geworden, die eine leichtfertige Handhabung der Bestimmung mit sich bringen würde. Darum zog Lobe eine weitere wichtige Grenze für die Anwendbarkeit des § 349 StPO. Er forderte, daß Verwerfungsbeschlüsse nicht ergehen dürften, wenn "die Rechtsausführungen des Urteils der ersten Instanz nicht im wesentlichen gebilligt" würden, und er erklärte, daß in allen Fällen, in denen diese erstinstanzlichen Urteilsgründe "rechtsirrig" wären, "sich die Verurteilung aber nach Ansicht des Revisionsgerichts aus a n d e r e n rechtlichen Erwägungen rechtfertige, ebenfalls immer mündliche Verhandlung geboten"¹⁾ sei.

Der Entwurf einer StPO von 1930 brachte zwei erweiternde Abänderungen in Vorschlag.²⁾ Erstens sah er vor, die Beschlußverwerfung auf gewisse Fälle auszudehnen, in denen die Revision auf einen Nebenpunkt beschränkt war; dieser Neuerung kam jedoch eine eigene Bedeutung nicht zu. Sie war nur als Angleichung an die geplante Neufassung der entsprechenden Bestimmung im Berufungsrecht (§ 322 E 1930) gedacht. Zweitens enthielt der Entwurf von 1930 die Ausdehnung der Vorschrift auf die Oberlandesgerichte. Dabei wurde zunächst noch erwogen, ob zu befürchten sei, daß die Oberlandesgerichte zu häufig von der neuen Entlastungsbestimmung Gebrauch machen würden. Diese Bedenken wurden aber dann im Hinblick auf § 122a des GVG in der Fassung des Entwurfs verworfen, weil diese Vorschrift "die Oberlandesgerichte zur genauen Beachtung der amtlich veröffentlichten Rechtsprechung des Reichsgerichts zwingt".³⁾ Die Er-

1) Lobe, a.a.O.

2) "§ 349 E 1930: 'Erachtet das Revisionsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen. Es kann auch durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet hält oder wenn das Urteil nur wegen der Entscheidung über die Kosten oder insoweit angefochten ist, als es einen Ausspruch über die Urteilsbekanntmachung, die Einziehung, Verfallserklärung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung oder über die Anrechnung der Untersuchungshaft, einer anderen Freiheitsentziehung oder einer im Ausland erlittenen Bestrafung enthält oder nicht enthält. Andernfalls ...'"

3) Sogenannte Dritte Notverordnung zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen. Sie ist Teil 6 der Vereinfachungsverordnung gleichen Datums, Kap.I, § 6, abgedr. RGBL. 1931, Teil I, S.537f.

weiterung des § 349 Abs.1 S.2 StPO trat am 6. Oktober 1931 schließlich in Kraft.¹⁾ Weil dies bereits durch Notverordnung des Reichspräsidenten geschah, konnten neue Stimmen im Reichstag nicht mehr dagegen laut werden.

Während der Herrschaft des Nationalsozialismus wurde die bestehende Fassung des Gesetzes bis gegen Kriegsende nicht angetastet. Daß es nicht an Stimmen fehlte, die eine Abschaffung des ganzen Rechtsinstituts der Revision forderten, sei nur am Rande vermerkt. Diese Tendenzen konnten sich nicht durchsetzen.²⁾ Die Revision als Rechtsmittel blieb vielmehr erhalten.

1) Bedenken grundsätzlicher Art waren seinerzeit von Kahl in JW 1925, S.1403 geäußert worden. Ferner hatte Pohle noch 1930 die Streichung des Beschlußverfahrens bei offensichtlicher Unbegründetheit auch für das Reichsgericht gefordert, Revision und neues Strafrecht (1930), S.31.

2) Im Zuge der "Entwicklung zur materiellen Gerechtigkeit" wurde 1937 in einer Denkschrift des NS-Rechtswahrerbundes vorgeschlagen, die Revision als Rechtsmittel fallen zu lassen. Das Ziel der Rechtseinheit könne leichter, schneller und billiger erreicht werden, wenn man statt eines Rechtsmittelgerichts ein Gremium einsetze, das aus Vertretern der obersten Gerichte, der Partei und vielleicht auch der Stände bestehe. Die Entscheidungen dieses Gremiums sollten, rechtssatzmäßig veröffentlicht, die unteren Gerichte binden.

Diesen Vorschlägen widersprach Schwinge in ZAKDR 1937, S. 589 (590) sofort: Unter Hinweis auf die Erfahrungen, die man im preußischen Recht gesammelt hatte, wies er nach, daß eine solche Kommission notwendig in ihrer eigenen Kasuistik ersticken müßte. Außerdem wandte er sich gegen die Übertragung justizeigener Aufgaben auf "gemischte Organe". Man würde das Mißtrauen des Volkes gegen die Justiz verstärken statt mindern, wenn man die Herstellung und Wahrung der Rechtseinheit, welche gegenständlich zu den Aufgaben der Justiz gehöre, einer außerhalb der Justiz stehenden Stelle übertragen würde. Darum müßte, was der Sache nach Justizaufgabe sei, auch organisatorisch der Justiz erhalten bleiben. - Vgl. heute auch Hartung in ZStW 1957, S.93 ff.: "Das Revisionsverfahren ist ein sehr fein ausgedachtes Gebäude, die Weisheit von Jahrhunderten liegt darin. Wer hier mit ungeschickten Händen eingreift, kann Schäden anrichten, die unser Rechtsleben auf das Schwerste beeinträchtigen." Eben=

Zur "allgemeinen Auflockerung" des zu formalen Strafverfahrens vgl. Ernst Schäfer in Freisler, Deutsches Strafrecht, Erg.Bl.d.DJ 1935, H.8/9, S.23 ff.. - Zum Vorrang der "materiellen Gerechtigkeit" vor der Rechtseinheit vgl. Schäfer bei Freisler, a.a.O.; ferner Lehmann bei Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, Berlin 1938, S.397, und Schäfer in Festschr.f.Schlegelberger, S.141 ff., insb. S. 157, wo unter Berufung auf den Vorentwurf der amtlichen

Sie wurde nur dem Geist der Zeit entsprechend in "Urteilsrüge" umbenannt.

Auch der kleine "Vereinfachungsplan", die Abschaffung des Einstimmigkeitserfordernisses in § 349 Abs.2 StPO, die im Entwurf von 1937 zunächst vorgesehen war, scheiterte am Widerstand namhafter Juristen. Zwar hatte die Strafprozeßkommission der Beseitigung der Einstimmigkeit zunächst in erster Lesung zugestimmt. Als sich aber Lehmann¹⁾ in einem Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission unter Hinweis auf die Gefahren für die Rechtspflege gegen die Abschaffung der Einstimmigkeit aussprach, fand er Gehör, so daß der Entwurf von 1939 (§ 338) wieder das Erfordernis der Einstimmigkeit vorsah.²⁾

Sogar als der Krieg "Verordnungen zur Kräfteersparnis"³⁾ notwendig machte, wonach einzelnen Mitgliedern die Befugnisse des ganzen Senats übertragen werden konnten, wurde die Einstimmigkeit beibehalten. Praktisch war sie allerdings nun auf zwei Personen beschränkt: Vorsitzender und Berichterstatter konnten

Kommission der materiellen Richtigkeit vor dem Rechtseinheitsgedanken der Vorrang gegeben wird. Die Stellung des RG "als Zentralinstanz" verbürge schon eine genügende Wahrung der Rechtseinheit kraft Zuständigkeit.

- 1) Bei Gürtner, a.a.O. S.407: "... Die Beschußentscheidungen ergehen bereits jetzt in solchem Umfang, daß es unnötig ist, ihr Zustandekommen noch weiter zu erleichtern. Für gemischte Gerichte bedarf es unbedingt der Einstimmigkeit." Ähnliche Bedenken äußert E.v.Hippel, Lehrb., S.603. Auch er hält Einstimmigkeit für unbedingt erforderlich, weil von der Verwerfung durch Beschluß bereits in weitem Umfange Gebrauch gemacht werde (Auflagen von 1941 und 1943).
- 2) Vgl. § 338 E 1939: "Das Urteilsrügegericht entscheidet über die Urteilsrüge auf Grund einer Hauptverhandlung durch Urteil. Es kann ohne Hauptverhandlung durch Beschluß die Urteilsrüge verwerfen, wenn sie unzulässig ist oder einstimmig für offensichtlich unbegründet erklärt wird." Wie stark auch hier noch an den alten Prinzipien des Verfahrens festgehalten wird, läßt sich der Begründung des Entwurfs entnehmen: "... diese Vorschrift ermöglicht die schnelle Erledigung aussichtsloser Urteilsrügen, insbesondere wenn sie auf angebliche Bedenken gegen tatsächliche Feststellungen oder gegen eine Ermessensentscheidung gestützt sind; sie setzt aber voraus, daß sich ein beachtlicher Grund für die erstrebte Aufhebung nicht anführen läßt (!) und daß diese Auffassung von allen Mitgliedern des Gerichts geteilt wird."
- 3) Vgl. die Verordnungen zur weiteren Kräfteersparnis vom 13. 8.1943 (RGBl. I, S.508) Art.4 und vom 29.5.1943 (RGBl. I, S.346) Art.1 Abs.2.

die Beschlußverwerfung am Reichsgericht allein vornehmen. (Am Oberlandesgericht bedurften sie dazu der Zustimmung des Staatsanwalts.)

Durch § 6 der 3. Vereinfachungsverordnung vom 16.5.1942¹⁾ wurden schließlich auch die *B e r u f u n g s*gerichte befugt, Berufungen, die sie für offensichtlich unbegründet ansahen, durch Beschluß zu verwerfen. Hier war Einstimmigkeit nicht erforderlich. Diese Gesetzesänderung war aber weniger einschneidend, denn gegen einen solchen Verwerfungsbeschluß gewährte die Verordnung immer dann die sofortige Beschwerde, wenn gegen ein Urteil desselben Inhalts das Rechtsmittel der Revision zulässig gewesen wäre. Der Beschluß war hier also nicht unanfechtbar.

Kurz vor Kriegsende entschloß man sich, die Möglichkeit beschlußweiser Erledigung einer Revision auch dann zuzulassen, wenn das Reichsgericht die Revision für offensichtlich *b e = g r ü n d e t* ²⁾ erachtet hatte. Die Offensichtlichkeit sollte im bejahenden wie im verneinenden Falle die Hauptverhandlung ersparen. - Das Erfordernis der Einstimmigkeit wurde beibehalten. - In den letzten Kriegsmonaten konnte man mit dieser Erweiterung des Beschlußverfahrens keine entscheidenden Erfahrungen mehr sammeln. Nach dem Zusammenbruch bot sich jedoch Gelegenheit dazu: Das Reichsgericht hatte gemäß Art.1 Ziff.2 des Gesetzes Nr.2 der Militärregierung Deutschland³⁾ seine Tätigkeit eingestellt. Revisionsgerichte waren nur die (früheren) Oberlandesgerichte. Diese mußten in den drei Westzonen nach zwei verschiedenen Fassungen des § 349 StPO entscheiden: Während in der französischen Zone nur noch die Beschlußverwerfung bei unzulässigen Revisionen möglich war⁴⁾, übernahmen die ame=

1) RGBl. I, S.333.

2) § 14 der VO zur weiteren Anpassung der Strafrechtspflege an die Erfordernisse des totalen Krieges vom 13.12.1944 (RGBl. I, S.339) bestimmte eine "Vereinfachung des Rechtsmittelverfahrens". "Das Reichsgericht kann über eine Revision auch dann mit Beschluß entscheiden, wenn sie einstimmig für offensichtlich begründet erklärt wird."

3) Vgl. MRABl. Nr.1, S.13; Nr.3, S.4.

4) Dabei galten die jetzigen Abs.1 u.3 als § 349 Abs.1 u.2.

rikanische und die britische Zone das ganze alte Reichsrecht und damit auch die Regelung aus dem Jahre 1944.¹⁾

Bis sich 1950 der Bundesgerichtshof in der Bundesrepublik konstituieren konnte und das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit am 12.9.1950²⁾ in Kraft trat, hatte man also fünf Jahre Zeit, die gesammelten Erfahrungen zu vergleichen und zu prüfen, ob eine Beibehaltung der Verwerfungsbeschlüsse wegen Begründetheit von Nutzen für die Rechtspflege sei. Da man allgemein fand, "diese Einrichtung habe sich nicht bewährt"³⁾ - sie hatte u.a. nach Freispruch durch das Tatsachengericht zu einem Schuldspruch durch Beschluß des Revisionsgerichts geführt - wurde sie nicht in die neue Fassung des § 349 StPO im Gesetz zur Wiederherstellung der deutschen Rechtseinheit übernommen.

Die seit 1931 bestehende Ausdehnung der Verwerfungsbefugnis auf die Oberlandesgerichte wurde gelegentlich des neuen Entwurfs in das Gesetz eingearbeitet.⁴⁾

- 1) Somit hatte § 349 in der amerikanischen und britischen Zone von 1945 bis 1950 folgenden Wortlaut:
"1) Erachtet das Revisionsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Revision oder die über die Einbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen.
2) Das gleiche ist der Fall, wenn das Revisionsgericht die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet.
3) Der Revision kann durch Beschluß stattgegeben werden, wenn das Gericht einstimmig das Rechtsmittel für offensichtlich begründet erklärt.
4) Anderenfalls wird über das Rechtsmittel durch Urteil entschieden."
In der DDR wurde am 2.10.1952 (GBl. S.997) eine neue Strafprozeßordnung erlassen, die Revision durch das Kassationsverfahren ersetzt und das Beschlußverfahren nach § 349 darin übernommen.
- 2) Art. III Nr.147 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.9.1950 (BGBl. I, S.455).
- 3) Vgl. Dallinger, § 349 Anm.5; Wimmer in NJW 1950, S.201ff.; Hartung, der dieses Problem sehr eingehend behandelt, in DRZ 1950, S.219 ff.. Ferner auch Hülle in NJW 1952, S.411. Neuerlich setzte sich für die Wiedereinführung der Deutsche Richterbund ein, doch begrenzt auf die offensichtlich begründete Revision zugunsten des Angeklagten (vgl. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum StPAG S.62 Anm.VII. Seine Ansicht ist inzwischen Gesetz. S. auch die Neugestaltung der StPO durch die Kleine Strafprozeßreform, unten § 4).
- 4) Bis dahin galt noch die Notverordnung vom 6.10.1931, Kap. I § 6 des Sechsten Teils.

Darum hatte bis zum Inkrafttreten der Kleinen Strafprozeßreform (StPÄG) im Jahre 1964¹⁾ § 349 StPO folgende Form:

§ 349

- (1) Erachtet das Revisionsgericht die Vorschriften über die Einlegung der Revision oder über die Einbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen.
- (2) Das gleiche ist der Fall, wenn das Revisionsgericht die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet.
- (3) Andernfalls wird über das Rechtsmittel durch Urteil entschieden.

§ 4. Die Auseinandersetzung um § 349 Abs.2 StPO vom Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit bis zum Inkrafttreten der Novelle vom 19.12.1964

Besonders in den letzten zehn Jahren wurde das Institut der Beschlußverwerfung nach § 349 Abs.2 StPO von der Anwaltschaft heftig kritisiert.²⁾

1955 forderte C.F.Frhr.v.Stackelberg³⁾ als erster "dringend eine Verbesserung der Rechtsstellung des Angeklagten im Revisionsverfahren" und schlug zur Verhütung von Fehlentscheidungen nach § 349 Abs.2 StPO u.a. sogar die Einführung einer weiteren Tatsacheninstanz vor. Im Mai 1959, auf dem 30. Anwaltstag in Stuttgart, verlangte er schließlich, den § 349 Abs.2 StPO ersatzlos zu streichen, da seine Handhabung "bei der heutigen Praxis der Gerichte wie eine Rechtsverweigerung wirke".⁴⁾

Diese Feststellung wurde von Sarstedt scharf zurückgewiesen, der § 349 Abs.2 StPO vielmehr für eine unerläßliche Entlastungsvorschrift hielt, um der von "Rechtsunkenntnis", "Flüchtigkeit und Denkfaulheit" strotzenden Revisionsschri-

1) BGBl. 1964, I, S.1067.

2) Als erster Kraemer in SJZ 1950, S.300, dann v.Stackelberg, Anw.Bl. 1959, S.190 (203) und NJW 1960, S.505 ff.; ferner Schmidt-Leichner in Anw.Bl. 1961, S.25 (35); inzwischen erneut v.Stackelberg in Juristenjahr. 1962, S.190 ff.

3) in Festschr.f.Cüppers 1955, S.123ff.

4) Die Bezeichnung Rechtsverweigerung war zuerst von Kahl gebraucht worden, von welchem Cüppers sie übernahm, auf den sich wieder v.Stackelberg bezieht.

ten der deutschen Anwaltschaft einigermaßen Herr zu werden. Seiner Ansicht nach würde sonst das "undisziplinierte Verhalten" der Anwaltschaft "den Gesetzgeber auf die Dauer noch dazu zwingen, in Zukunft das Verbot der reformatio in peius abzuschaffen".¹⁾

Der Streit zwischen Richterschaft und Anwälten drang schließlich über die Fachzeitschriften hinaus bis in den "Spiegel", der am 13.7.1960 (Nr.29) unter dem Titel "Juristische Scherzartikel"²⁾ das Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2 StPO zum Anlaß nahm, die schulmeisterliche Strenge der deutschen Bundesrichter und die lückenhafte Rechtskenntnis der Revisionsanwälte gleichermaßen anzuprangern.

Wenige Monate später kam man jedoch schon zu einer Einigung: Der Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer, der zuvor auf der Durchsetzung der von Kalsbach entwickelten Abänderungsvorschläge³⁾ bestanden hatte, stimmte für die bevorstehen-

- 1) Vgl. Gage-Sarstedt, Die Revision, 3.Aufl., S.55 sowie S.197-198 und seinen Aufsatz in JR 1960, S.1 ff.; auf die seinerzeit gegen Kraemer von Less in SJZ 1950, S.68 geforderte "Abschaffung der mündlichen Verhandlung" hat Sarstedt niemals zurückgegriffen.
- 2) Sarstedts Bezeichnung für die Revisionschriften der deutschen Anwälte.
- 3) Die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPAG) vom 31.August 1960 enthält noch die Kalsbachschen Vorschläge:

Vorschlag A:

- a) Wird die Revision für offensichtlich unbegründet gehalten, so ist der Beschwerdeführer durch das Revisionsgericht auf die Bedenken gegen die Begründetheit der Revision hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu geben, innerhalb einer Frist dazu Stellung zu nehmen.
- b) Nach Ablauf der Frist verwirft das Revisionsgericht, wenn es unter Berücksichtigung der Stellungnahme die Revision einstimmig für unbegründet hält, die Revision durch Beschluß.
- c) Andernfalls wird über das Rechtsmittel durch Urteil entschieden.
- d) Die Beschlußverwerfung der Revision des Angeklagten setzt voraus, daß ein übereinstimmender Antrag der Revisionsanwaltschaft vorliegt.

Vorschlag B:

- a) Soll die Revision des Angeklagten als offensichtlich unbegründet verworfen werden, so kann dies die Revisionsanwaltschaft beantragen. Der Antrag ist zu begründen. -->

de sogenannte Kleine Strafprozeßreform dem Regierungsentwurf einer Fassung des § 349 StPO zu, in welcher nur das eine Anliegen des Strafrechtsausschusses berücksichtigt werden sollte: die Möglichkeit einer Information des Beschwerdeführers von der drohenden Beschlußverwerfung und Gelegenheit zur Gegenerklärung.

Nach diesem Entwurf¹⁾ eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des GVG sollten die Absätze 2 und 3 des geltenden § 349 StPO durch die folgenden Absätze 2 - 4 ersetzt werden:

- (2) Das Revisionsgericht kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft auch dann durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet.
- (3) Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag nach Abs.2 dem Beschwerdeführer mit. Die Mitteilung soll mit einer kurzen Begründung versehen sein, wenn es sachdienlich ist. Der Beschwerdeführer kann binnen einer Woche eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.
- (4) Wendet das Revisionsgericht Abs.1 oder Abs.2 nicht an, so entscheidet es über das Rechtsmittel durch Urteil.

Gleichzeitig mit seiner Einverständniserklärung kündigte der Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer jedoch an, daß er nur bis zum Inkrafttreten des Regierungsentwurfs seine weiteren Abänderungsvorschläge zurückzustellen gedenke.²⁾ Das Gesetz sei nämlich vor allem an zwei Stellen noch verbesserungsbedürftig: Die Worte "wenn es sachdienlich ist" in Abs. 3 mußten gestrichen werden³⁾, ferner sei es "bei Berücksichti-

- b) Das Revisionsgericht beschließt nach Eingang, ob die Hauptverhandlung anzuberaumen oder der Antrag mit Begründung dem Revisionsführer zuzustellen ist. Im letzteren Falle kann dieser sich in einer ihm zu setzenden Frist zu dem Antrag äußern.
 - c) Nach Ablauf dieser Frist kann das Revisionsgericht die Revision durch Beschluß verwerfen, wenn es sie einstimmig für offensichtlich unbegründet hält.
 - d) Andernfalls ist über das Rechtsmittel durch Urteil zu entscheiden.
- 1) Der Entwurf war mit Schreiben der Bundesregierung vom 17. August 1960 dem 3. Deutschen Bundestag als Drucksache Nr. 2037 der 3. Wahlperiode vorgelegt.
 - 2) Vgl. den Bericht der Tagung des Strafrechtsausschusses der BRK vom 27.-28. Oktober 1960, abgedr. in der Stellungnahme der Deutschen BRAK zum StPAG, S.84.
 - 3) Vgl. Stellungnahme, a.a.O. S.60 ff.

gung der Verhältnisse im Anwaltsberuf" ¹⁾ unerläßlich, die Frist zur Gegenerklärung nach Abs.2 Satz 2 auf zwei Wochen zu verlängern.

Es fehlte auf seiten der Richter nicht an Verständnis und Entgegenkommen für die schwierige Situation der Anwaltschaft. Sarstedt hatte schon in der 3.Auflage seines 1954 erschienenen Werkes "Die Revision in Strafsachen" ²⁾ den Gegnern des Beschlußverfahrens eingeräumt, daß das Verfahren nach § 349 Abs.2 StPO an sich "eine wenig rechtsstaatliche Einrichtung" sei, die stets "mit Takt und einer gewissen Zurückhaltung gehandhabt werden müsse". ³⁾ Es ließe sich "nicht leugnen", daß "das Revisionsgericht die Beschlußverwerfung mißbrauchen könne". ⁴⁾ Um aber auch dem laufenden Mißbrauch entgegenzutreten, den die Anwälte seiner Ansicht nach ⁵⁾ durch Rechtsunkenntnis und falsche Rücksichtnahme gegenüber ihren Klienten mit der Revision trieben, stellte Sarstedt sich den interessierten Rechtsanwälten in der Zeit vom 31.Juli bis 12.August 1960 in Davos zu einem Strafprozeßlehrgang zur Verfügung. ⁶⁾

Inzwischen ging die Gesetzgebung ihren Weg. Der oben genannte Entwurf war vom Rechtsausschuß des 3. Bundestages nicht mehr beraten worden. Der 4. Deutsche Bundestag nahm seine Bearbeitung aber sofort in Angriff; denn die drei Fraktionen hielten selbst eine Kleine Strafprozeßreform für vordringlich. Sie entschlossen sich deshalb, den Entwurf von 1960, dessen Wiedervorlage durch die Bundesregierung ohnehin zu erwarten stand, von sich aus einzubringen. ⁷⁾

So konnte der Rechtsausschuß, dem der Entwurf der Fraktionen vom Plenum am 13.Dezember 1961 überwiesen worden war, am 10.Januar 1962 mit den Beratungen über die Reform beginnen. ⁸⁾

- 1) Schmidt-Leichner in AnwBl. 1961, S.25 ff. (35) und die Stellungnahme der Deutschen BRAK, a.a.O.
- 2) Gage-Sarstedt, 3.Aufl., S.55; ebenso übrigens in der Neuauflage, S.79.
- 3) Sarstedt, 4.Aufl., S.275.
- 4) Ders., a.a.O. S.276.
- 5) Ders., a.a.O. S.74 ff. (78).
- 6) Vgl. die Besprechung in AnwBl. 1960, H.12, S.230.
- 7) als Drucksache IV/63.
- 8) Am 12.Januar 1962 legte jedoch die Bundesregierung dem Bundesrat noch einen zweiten Entwurf vor. Dieser unterschied sich inhaltlich insoweit von dem Regierungsentwurf 1960,

Nach zwei Lesungen kam der Rechtsausschuß dann zu folgender Fassung des § 349, die er dem Bundestag zugehen ließ¹⁾:

"In § 349 werden die Absätze 2 und 3 durch folgende Absätze 2 bis 6 ersetzt:

'(2) Das Revisionsgericht kann auf einen Antrag der Staatsanwaltschaft, der zu begründen ist, auch dann durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision für offensichtlich unbegründet erachtet.

(3) Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag nach Abs.2 mit den Gründen dem Beschwerdeführer mit. Der Beschwerdeführer kann binnen 2 Wochen eine schriftliche Gegenerklärung einreichen.

Abs.4 entfällt hier.

(5) Erachtet das Revisionsgericht die zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision einstimmig für begründet, so kann es das angefochtene Urteil durch Beschluß aufheben.

(6) Wendet das Revisionsgericht Abs.1, 2 oder 5 nicht an, so entscheidet es über das Rechtsmittel durch Urteil'."

Der Schriftliche Bericht des Rechtsausschusses zum Strafprozeßänderungsgesetz führte zu der Vorschrift nur aus: Der Ausschuß habe es für richtig gehalten, zwingend vorzuschreiben, daß der von der Staatsanwaltschaft gestellte Antrag, eine Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen, zu begründen sei. Der Antrag sei mit der Begründung dem Beschwerdeführer mitzuteilen. In der Mitteilung sei die Frist zur Gegenerklärung des Beschwerdeführers auf zwei Wochen zu bemessen.

Zu Abs.5 gab der Rechtsausschuß als Begründung an, er hielt es für richtig, auch im entgegengesetzten Falle eine Entscheidung durch Beschluß zuzulassen, nämlich dann, wenn das Revisionsgericht eine eingelegte Revision einstimmig für

als in ihm die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen von der Regierung akzeptiert worden waren. Am 2. Februar 1962 nahm der Bundesrat zu diesem zweiten Regierungsentwurf Stellung. Die Bundesregierung fügte dieser Stellungnahme ihre Auffassung bei und legte mit Schreiben vom 7. Februar 1962 alle diese Darlegungen als Drucksache IV/178 dem Bundestag erneut vor, der daraufhin den Entwurf am 14. Februar 1962 dem Rechtsausschuß überwies. In zwei Lesungen mit insgesamt 33 Sitzungen beriet der Rechtsausschuß über den gesamten Gesetzesentwurf zum Strafprozeßänderungsgesetz. Die letzte Sitzung fand ein Jahr nach der ersten, am 20. Februar 1963, statt. Zwischen den beiden Lesungen hörte der Rechtsausschuß Sachverständige des Deutschen Richterbundes, der Bundesrechtsanwaltskammer und des Bundeskriminalamtes an.

1) in der Drucksache IV/1020.

b e gründet hält. Die Entscheidung ohne vorgängige Hauptverhandlung durch Beschluß sei jedoch nur bei zugunsten des Angeklagten eingelegten Revisionen zuzulassen.¹⁾

§ 5 Der Verwerfungsbeschluß wegen offensichtlicher Unbegründetheit heute

§ 349 StPO stimmt in seiner neuen Fassung wörtlich mit dem Beschluß des Rechtsausschusses überein. Er ist nur in der Form insoweit verändert, als Abs.4 gestrichen wurde, so daß die Absätze 5 und 6 des Beschlusses an die Stelle der Absätze 4 und 5 aufgerückt sind.

In dieser neuen Fassung ist die Bestimmung mit dem Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12.1964²⁾ am 1.4.1965 in Kraft getreten. Sie wurde bereits von Dahn besprochen und in vollem Umfang gebilligt. Er begrüßt die Beibehaltung des Beschlußverfahrens bei "offensichtlich unbegründeten" Revisionen und hält auch die Erweiterung des Beschlußverfahrens auf die Fälle der "einstimmig" für begründet erachteten Revisionen für zweckmäßig: "Damit ist eine Lücke in prozeßökonomisch sinnvoller Weise geschlossen."³⁾

Der Streit zwischen Rechtsanwaltschaft und Richterschaft kann also gleichfalls mit gutem Grund als abgeschlossen angesehen werden. Es ist Sarstedt zuzustimmen, der in der Neuauflage seiner "Revision in Strafsachen" das Ringen um Wert und Unwert der Beschlußverwerfung keinesfalls als "berufsständische Auseinandersetzung"⁴⁾ verstanden wissen will. Schließlich hätten Diskussionsausgang und Sachlage gezeigt, daß die Beschlußverwerfung "schlechterdings nicht abgeschafft werden könne, ohne daß die Revisionsgerichte in Arbeit ersticken würden".⁵⁾ Es sei auch erwiesen, daß die Abschaffung zum "Danaergeschenk"⁶⁾

1) abgedruckt in der BT-Drucksache IV/178.

2) BGBI. 1964, I, S.1067.

3) Dahn in NJW 1965, S.85-86.

4) Sarstedt, 4.Aufl., S.272 unter Bezugnahme auf Penner, Diss. S.1.

5) Sarstedt, 4.Aufl., S.272,73.

6) Ders., a.a.O. S.273.

für die Anwaltschaft selbst würde, die dann "geradezu geschäftsschädigende"¹⁾ Begründungen in den Revisionsurteilen in Kauf nehmen müßte.

Sarstedt sieht das Erfordernis der Antragsstellung durch die Staatsanwaltschaft und insbesondere die Zustellung des Antrags an den Beschwerdeführer in der Neufassung des § 349 Abs. 2 StPO allerdings nur als "systemwidriges aber harmloses Rückzugsgeplänkel"²⁾ an, dessen Wirkungslosigkeit für ihn schon erwiesen sei; denn er habe dieses Verfahren - übrigens mit einer Begründungsfrist von d r e i Wochen - bereits ver= suchsweise praktiziert und regelmäßig erlebt, daß die Anwalt= schaft sich entweder überhaupt nicht oder mit genau derselben Begründung wie in der Revisionsschrift in ihrer Gegenvorstellung zu äußern pflege. Alles, was hier erreicht würde, sei eine Verfahrensverzögerung zu Lasten des in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten und etwas vermehrte Schreibarbeit. "Eine Verbesserung des Verfahrens" bedeute die Neuerung "zweifellos nicht".³⁾

Zusammenfassend ist festzustellen - gleichgültig, ob man die erweiternden Neuerungen begrüßt oder nicht - das Beschluß= verfahren bei offensichtlicher Unbegründetheit der Revision bedarf jedenfalls noch der inhaltlichen Klärung.

1) Sarstedt, 4.Aufl. S.279,80 mit zahlreichen Beispielen.
2) Ders., a.a.O., S.274.
3) Ders., a.a.O., S.275.

Zweites Kapitel: Der Inhalt der Entscheidung nach § 349
Abs.2 StPO

Dem Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2 StPO kommt schon wegen seiner Häufigkeit größte Bedeutung zu.

Wie sich aus den im Anhang abgedruckten Statistiken ergibt,¹⁾ entfallen am Bundesgerichtshof²⁾ auf durchschnittlich 100 Beschlußverwerfungen wegen offensichtlicher Unbegründetheit nur jeweils zwei Beschlüsse wegen Unzulässigkeit nach § 349 Abs.1 StPO und ein Beschluß nach § 346 Abs.2 StPO.

Setzt man das Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2 StPO zu den in einem Jahre insgesamt vom Bundesgerichtshof erledigten Revisionen in Strafsachen in ein Verhältnis, ergibt sich, daß annähernd doppelt so viele Verwerfungsbeschlüsse von den Revisionssenaten erlassen werden wie Revisionsurteile. In jedem Falle sind es weit mehr als die Hälfte aller Entscheidungen.³⁾ Demnach ist das Verfahren nach § 349 Abs.2 StPO also die häufigste Entscheidungsform der Strafsenate des Bundesgerichtshofs.

Das Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2 StPO nimmt aber auch verfahrensrechtlich eine Sonderstellung ein. Sofern die Zulässigkeit eines Rechtsmittels in Frage steht, sind verwerfende Entscheidungen im Beschlußverfahren durchaus üblich. Auch im Berufungsverfahren werden verspätet eingelegte oder "den Vorschriften über die Einlegung" nicht genügende Berufungen durch Beschluß als unzulässig verworfen. Die §§ 319 und 322 StPO entsprechen insoweit genau den §§ 346 und 349 Abs.1 StPO.⁴⁾

Der Beschluß nach § 349 Abs.2 StPO ist dagegen anders gestaltet. Hier wird über die materielle Begründetheit entschieden. Damit nähert sich § 349 Abs.2 StPO inhaltlich stark dem Sach=

1) Vgl. Tabelle II.

2) In den neun Jahren von 1952 bis 1961.

3) Gage-Sarstedt gibt für das Jahr 1961 ein Schwanken der Häufigkeit bei den vier Revisionssenaten zwischen den Prozentzahlen 60,5 und 67,9 an, vgl. 4.Aufl. seiner "Revision in Strafsachen", S.74, Fußn.1 und Tab.IV dieser Arbeit. Bei den Oberlandesgerichten liegt es nach Jagusch, NJW 1960, S.74, ebenso.

4) Vgl. Eb.Schmidt, Lehrkomm., § 346 Pandn.1 und § 349 Randn.2.

urteil an und ließe sich, da der Beschluß ebenso unanfechtbar¹⁾ ist wie dieses, im Hinblick auf den Entscheidungsstoff als urteilsgleicher Beschluß ansehen.²⁾

Eine Entscheidung nach § 349 Abs.2 StPO enthält drei Einzelentscheidungen:

Erstens: Die Revision des Beschwerdeführers ist formal zulässig (d.h. sie entspricht den Anforderungen des § 349 Abs.1 StPO).

Zweitens: Das Revisionsgericht hält sie ihrem Inhalt nach einstimmig für offensichtlich unbegründet.

Drittens: Das Revisionsgericht macht von der ihm unter diesen Voraussetzungen gegebenen Befugnis Gebrauch, die Revision im Beschlußverfahren zu erledigen (hier genügt Stimmenmehrheit).

§ 1 Erste Teilentscheidung: Die formale Zulässigkeit der Revision

Die Grenze zwischen Unzulässigkeit und Unbegründetheit wird in der Praxis des Bundesgerichtshofs nicht immer streng beachtet. Obwohl § 349 Abs.2 StPO ausdrücklich zu dem Zweck auf die unbegründeten Revisionen ausgedehnt worden war, um Revisionen, die lediglich Angriffe gegen die Beweiswürdigung enthalten,

1) und nicht zurücknehmbar durch das Revisionsgericht. So OLG Tübingen, DRZ 1948, S.317; OLG Braunschweig, DRZ 1950, S. 332.

Seit 1955 hat der BGH in LM Nr.3 zu § 349 Zurücknehmbarkeit in jedem Falle für ausgeschlossen erklärt, unabhängig davon, ob der Beschluß nach § 349 Abs.2 StPO auf unzutreffenden rechtlichen Erwägungen beruht oder auf falschen Auffassungen über die Prozeßvorgänge. Ebenso das gesamte moderne Schrifttum: vgl. Erbs., § 349 Anm.V; KMR-Komm., § 349 Anm.4d; Eb.Schmidt, Lehrkomm., § 349 Randn.11; Henkel, Lehrb., S. 437; Dalcke, Komm. zur StPO, § 349 Anm.4; Schwarz, § 349 Anm.2 C; vgl. auch Schmidt in JZ 1961, S.15 ff. Früher war das RG anderer Ansicht (vgl. RGSt. 59, S.419), wenn der Beschluß irrtümlich auf tatsächlich unzutreffender Grundlage ergangen war.

2) Eb.Schmidt, Lehrkomm., § 349 Randn.9, bezeichnet ihn deshalb als Ausnahmebestimmung. Penner, passim, sieht § 349 Abs.2 StPO aus diesem Grunde auch als "urteilsgleichen Beschluß" an.

einfach abweisen zu können¹⁾, hält der Bundesgerichtshof²⁾ gelegentlich³⁾ noch heute an der Übung des Reichsgerichts⁴⁾ fest, solche Revisionschriften im Wege der "Auslegung" für u n = z u l ä s s i g zu erklären und nach § 349 Abs.1 StPO zu verwerfen.

An sich ist diese Praxis mit keinerlei Nachteilen für den Beschwerdeführer verbunden, im Gegenteil⁵⁾: Ein Verwerfungsbeschluß wegen Unzulässigkeit kostet den Beschwerdeführer nur halb so viel wie ein Beschluß nach § 349 Abs.2 StPO. Außerdem kann der Beschwerdeführer bei Verwerfungsbeschluß nach § 349 Abs.1 StPO unter Umständen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung beantragen, daß er "für die Rechtsunkenntnis seines Verteidigers" nicht eintreten könne.⁶⁾ Ein Nachteil trifft höchstens die Anwaltschaft, die sich von Sarstedt in aller Öffentlichkeit sagen lassen muß: "Ein großer Teil der Strafverteidiger füllt fünfzig und mehr DIN-A4-Seiten mit Ausführungen, die nach einer zwingenden Vorschrift der

- 1) vgl. die Amtliche Begründung des Justizministeriums in den Verhandlungen des Reichstags (Anlagen), 1.Wahlperiode, Bd. 374, S.4888ff. Justizminister Radbruch begründete vor dem Reichstag die Einführung des Verwerfungsbeschlusses wegen offensichtlicher Unbegründetheit wie folgt: "... ist nötig, um die zahlreichen Fälle, in denen die Revision nur mit Angriffen gegen die Beweiswürdigung des Vorderrichters begründet wird, künftig durch Beschluß abtun zu können".
- 2) BGH 5 StR 338/56 vom 7.9.1956.
- 3) Wie sich aus der Statistik, Tab.II, ergibt, weist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weniger Beschlußverwerfungen nach § 349 Abs.1 auf als die des Reichsgerichts. Heute sind es nur 2 % aller Beschlußverwerfungen, die überhaupt nach § 349 Abs.1 StPO ergehen. Vgl. hierzu auch Sarstedt in Gage-Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 4.Aufl., S.206.
- 4) Schon in RGSt. 1, S.252, weiter in RGSt. 40, S.99; 53, S.235; 67, S.197 (198) und RG in JW 1921, S.841.
- 5) Offenbar geht das Kostenrecht von der Überlegung aus, daß die Zulässigkeitsprüfung der in den §§ 341, 344 und 345 StPO genannten Voraussetzungen oder die Legitimationsprüfung bedeutend weniger Arbeit verursachen als eine Entscheidung nach § 349 Abs.2 StPO. Denn gemäß § 72 Abs.2 Ziff.2 GKG wird für den Fall des § 349 Abs.1 StPO nur ein Viertel der Gebühren erhoben, die nach § 70 GKG im 1.Rechtszug zu entrichten sind, ebenso, wenn die Revision vor der Hauptverhandlung zurückgenommen wird. Im Falle des § 349 Abs.2 StPO ist dagegen die Hälfte der Gebühren zu entrichten: § 72 Abs.3 Ziff.3 GKG (i.V.m. § 70 GKG).
- 6) welcher unzulässige, d.h. rechtswidrige Revisionen einlege. So Schneidewin in JW 1923, S.346; ders. in MDR 1951, S.139 ff. und Sarstedt, 4.Aufl., S.85 und S.207.

Strafprozeßordnung schlechthin unzulässig sind."¹⁾

Ist diese "Auslegung" der Begründungsschrift im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung aber rechtlich bedenkenfrei?

Es wird von Sarstedt²⁾ in seinem Werk über die Revision in Strafsachen auch in der Auflage von 1962 wieder vorgeschlagen, Sachbeschwerden, die der Revisionsführer zwar mit dem Satz: "Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts" erhoben hat, die er aber nur mit Angriffen gegen den vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Sachverhalt begründet hat, als u n = z u l ä s s i g zu verwerfen. Sarstedt stützt seine Ansicht darauf, daß eine Sachrüge die Behauptung zum Inhalt haben muß, daß "der Tatrichter das Recht auf den von ihm als erwiesen angesehenen Tatbestand unrichtig angewendet habe". Wer deshalb vortrage, daß "das Recht auf einen davon auch nur ein wenig verschiedenen Sachverhalt falsch angewendet worden" sei, erhebe "streng genommen"³⁾ keine Sachbeschwerde. An der Folgerichtigkeit dieser Ausführungen ist nicht zu zweifeln. Der Gesetzgeber hat diesen Gedankenschluß auch vorausgesehen. Er hat jedoch die Zulässigkeit solcher Erwägungen - vermutlich in Anbetracht dessen, daß eine Revision in Strafsachen von jedem Verteidiger und auch zu Protokoll eines Beamten des gehobenen Dienstes beim erstinstanzlichen Gericht eingelegt werden kann - durch die gesetzliche Regelung in § 352 StPO ausgeschlossen. Danach sollen über den Rahmen des § 344 StPO hinausgehende Ausführungen, "auch wenn sie unrichtig sind, unschädlich" sein; "strenger" als das Gesetz muß und darf das Gericht aber eine Revisionsschrift nicht beurteilen.

Aus dem Wortlaut des § 352 StPO ergibt sich ferner, daß der Gesetzgeber zwischen dem Erheben einer Rüge und dem Inhalt ihrer Begründung eine klare Trennungslinie ziehen wollte. - Das gilt auch für Verfahrensrügen, deren Begründung inhaltlich unzureichend ist.

Hat also der Beschwerdeführer bei der Verfahrensrüge die

1) vgl. "Der Spiegel" 1960, Nr.29 und Gage-Sarstedt, 3.Aufl., S.146.

2) Gage-Sarstedt, 3.Aufl., S.146ff.; Sarstedt, 4.Aufl., S.206 ff.

3) so Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.206 oben unter Berufung auf Schneidewin, JW 1923, S.346ff.

Tatsachen genannt, auf die er seine Rüge stützen will, hat er formell das für die Erhebung dieser Rüge Erforderliche getan. Hat er eine im übrigen formal ordnungsgemäße allgemeine Sachrüge erhoben, muß diese als zulässig betrachtet werden, unbeschadet des Inhalts ihrer Substantiierung.¹⁾

Auch wenn es dem Revisionsgericht unzulässig erscheint, wenn etwa Verfahrensrügen auf Tatsachen gestützt werden, die in der vorgebrachten Form nicht im Protokoll stehen, oder wenn Sachrügen mit Angriffen auf die Beweiswürdigung angegangen werden, dürfen die vorhandenen Revisionsanträge und -begründungen nicht derart auf ihren Inhalt geprüft werden, daß ein falscher Inhalt ihre Zulässigkeit beeinträchtigt. Es ist unrichtig, die Substantiierung mit der Rüge selbst zu verwechseln, beide als eine "gedankliche Einheit" anzusehen und, indem man die Revisionsbegründung zur auslegungsfähigen "Willenserklärung" erklärt, diese gewissermaßen als falsa demonstratio zu entlarven und rückschließend die formale Beschaffenheit der Revisionsschrift anzuzweifeln. Schließlich bleibt auch unklar, inwiefern eine Revisionsschrift überhaupt den Auslegungsregeln bürgerlich-rechtlicher "Willenserklärungen" unterliegen kann.²⁾

Was für widersprüchliche Begründungen solche "Auslegung" hervorbringt, zeigt schon die Argumentation des Reichsgerichts im 40. Band.³⁾

"Die Erklärung (des Beschwerdeführers), er rüge die Verletzung sachlichen Rechts, ist nicht an eine bestimmte Form gebunden ... bedarf - abgesehen von Prozeßrügen - keiner Begründung und wird durch unrichtige Begründung nicht unwirksam ... Da es sich aber (bei der Revisionsschrift) um eine "Willenserklärung"

1) vgl. auch Seibert in DRZ 1948, S.371ff: "Dann liegt auf jeden Fall eine zulässige und rechtzeitige Revisionsbegründung vor". Anders muß freilich dort entschieden werden, wo es versäumt wurde, die allgemeine Sachrüge überhaupt zu erheben. Gefährlich sind auch Beschränkungen der Revision wie z.B. die Wendung: "Gerügt wird die Verletzung materiellen Rechts nach Maßgabe der nachstehenden Ausführungen" (5.StR 653/53 vom 18.5.1954), zit. bei Sarstedt, a.a.O., S.206/07.

2) A.A. jedenfalls James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 134ff. (137) schon für das Verfahren vor dem Zivilgericht. Ebenso hält v.Hippel, Lehrb. S.11, diese Argumentation für unsauber; vgl. auch Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S.82 und Eb.Schmidt, Lehrkomm. Bd.I, Nr.183 und 184.

3) Diese Entscheidung erging allerdings noch vor 1922.

handelt, ist diese e n t g e g e n der ausdrücklichen Bestimmung des § 352 Abs.2 dann in einen unzulässigen Revisionsantrag umzudeuten, wenn der wahre Wille des Beschwerdeführers nur auf eine Anfechtung der Beweiswürdigung gerichtet war."

"Diese Auslegung ... richtet sich nach der Lage des Falles. Wenn die Annahme einer Gesetzesverletzung ausgeschlossen ist, wird dies einen Anhalt dafür bieten, daß der Beschwerdeführer eine solche in Wahrheit auch nicht hat behaupten wollen." 1)

Diese Rechtsprechung wurde fortgeführt in RGSt. 67, 197 (198):

"Hier s a g e n zwar die Angeklagten im Eingang ihrer Revisionsbegründung, sie rügten die Verletzung sachlichen Rechts; aus ihren weiteren Ausführungen ergibt sich aber mit Bestimmtheit, daß sie keine unrichtige Anwendung des Gesetzes auf den Sachverhalt, so wie er vom Tatrichter festgestellt worden ist, rügen wollen, sondern daß sie nur behaupten, der Tatrichter habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, und zwar deswegen, weil er unwahre Zeugenaussagen als wahr angenommen habe. Eine solche Behauptung aber vermag die Revision nicht zu r e c h t f e r t i g e n . Sie kann allenfalls als Grund für die Wiederaufnahme ... in Betracht kommen. Die Revisionen müssen d a h e r als u n z u l ä s s i g verworfen werden." 2)

Es ist aber daran festzuhalten, daß, wenn eine nach §§ 344 Abs.2, 352 Abs.2 StPO erhobene, allgemeine Sachrüge o h n e jede weitere Begründung als zulässig behandelt wird, eine freiwillig abgegebene, zusätzliche Erläuterung zu dieser Rüge die Revision nicht wieder in den Zustand der Unzulässigkeit zurückversetzen kann. Darum ist es nicht zutreffend, die nach § 344 Abs.2 StPO notwendige Erklärung "ob das Urteil wegen einer Rechtsnorm über das Verfahren oder wegen Verletzung einer anderen Rechtsnorm" angefochten wird, durch ausdehnende Interpretation entgegen § 352 Abs.2 dazu zu benutzen, einen Wegfall des nach § 344 StPO notwendigen F o r m a l bestandteiles der Sachrüge zu konstruieren; denn Revisionsrügen dieser Art sind in Wahrheit unbegründet.

Ganz abgesehen davon ist eine solche Auslegung contra legem heute auch nicht mehr notwendig. Wie oben besprochen, war es ja gerade der Sinn und Zweck der Einführung des Beschlußverfahrens nach § 349 Abs.2 StPO gewesen, diese Lücke zu füllen. Die amtliche Begründung des Justizministeriums hatte sich seinerzeit ausdrücklich für die Einführung ausgesprochen, "weil es

1) RGSt. 40,99.

2) RGSt. 50,253.

nötig" wäre, "die zahlreichen Fälle, in denen die Revision nur mit Angriffen gegen die Beweiswürdigung des Vorderrichters begründet wird"¹⁾, künftig durch Beschluß abzutun.

Damit soll nicht bestritten werden, daß es im Einzelfall "schwer" sein kann, "die Grenze zwischen einer formell ungenügenden und einer sachlich unrichtigen Revisionsbegründung zu ziehen".²⁾ Es soll auch nicht in Abrede gestellt werden, daß die Revisionschriften der Anwälte gerade in diesem Punkte vielfach an Klarheit zu wünschen übrig lassen.³⁾ - Eben darum sollte aber die vom Gesetz bestimmte Unterscheidung zwischen Erhebung und Substantiierung der Rechtsrügen wenigstens bei der Beurteilung durch das Revisionsgericht klar beibehalten werden.

Die Entscheidung nach § 349 Abs.2 StPO ist außerdem geeignet, das "offensichtlich unbegründete" Rechtsmittel wie durch ein Sachurteil endgültig aus der Welt zu schaffen. Ergeht dagegen ein Beschluß nach § 349 Abs.1 StPO, wird es nicht ausbleiben, daß man ihn auf die oben besprochene Weise eines Tages auch durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzugehen versucht. Warum sollte schließlich die Unfähigkeit eines Anwalts nur in dem Fall als "unabwendbarer Zufall" und von dem Angeklagten nicht zu vertretender Umstand gelten, wenn es sich um die Versäumung von Fristen etc. handelt und nicht, wenn der Anwalt sich grobe sachliche Flüchtigkeit zuschulden kommen läßt, z.B. bei der Anführung von Tatsachen für die Verfahrensrüge durch Verwechslung die falschen Tatsachen anführt oder ganz einfach übersieht, daß der allgemeinen Sachrüge die notwendige Formel "zur Ergänzung, nicht zur Erläuterung wird weiter vorgetragen" durch ein Versehen der Bürokräfte in verkehrter Form beigelegt wurde.⁴⁾

Freilich bietet sich diese Methode der Rechtskraftdurchbre-

- 1) Vgl. Justizminister Radbruchs Begründung vor dem Reichstag, Verh.d.Reichstags (Anlagen), 1.Wahlperiode, Bd.374, S.488 ff.
- 2) Motive des Entwurfs, abgedr. bei Hahn, Bd.III der Materialien I, S.255.
- 3) Sarstedt führt a.a.O. S.102 aus, daß die Vorschrift des § 344 Abs.2 Schwierigkeiten enthält, die manche aussichtsreiche Revision zum Scheitern bringen können.
- 4) was nach Sarstedt, a.a.O. S.206, gelegentlich vorkommt.

chung vor allem dann als willkommene Abhilfe an, wenn das Revisionsgericht eine fälschlicherweise beschränkte Revision, die als unbegründet abzuweisen wäre, durch den Umweg über eine Entscheidung nach § 349 Abs.1 StPO und anschließenden Antrag auf Wiedereinsetzung (§§ 44, 45 StPO) in einen Stand des Verfahrens zurückversetzen möchte, in dem der Beschwerdeführer die Revision in richtiger Form erneut einlegen kann. So ließe sich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dazu benutzen, versäumte Einzelrügen nach fälschlicher Revisionsbeschränkung nachzuholen.¹⁾

Es kann aber das allgemeine Problem der Revisionsbeschränkung und Teilanfechtung, das wissenschaftlicher Kritik sicher zugänglich ist²⁾, nicht über die Wahl einer falschen Entscheidungsform ins Lot gebracht werden. Eine Beseitigung der Teilanfechtung muß dem Gesetzgeber überlassen bleiben.³⁾ Solange es in die Hände des Angeklagten gelegt ist, selbst darüber zu bestimmen, inwieweit er das erstinstanzliche Urteil anfechten möchte, muß der Angeklagte auch die Lasten der Freiheit tragen oder, anders ausgedrückt, "wo der Angeklagte sich fügt, muß der Rechtsmittelrichter sich beruhigen dürfen".⁴⁾

Es ist also daran festzuhalten, daß - abgesehen von dem Fall, daß einer Revisionsbegründung überhaupt die Unterscheidung zwischen Sach- und Verfahrensrüge nicht zu entnehmen ist - allein das V o r h a n d e n s e i n einer Begründung des

- 1) wie dies Penner, a.a.O. S.30 entgegen der h.M. sogar für den Beschluß nach § 349 Abs.2 StPO unter Berufung auf Kalthoener vorschlägt. Penner möchte dies allerdings nicht über den Begriff des "unabwendbaren Zufalls" in § 44 StPO zur Rechtspraxis werden lassen, sondern indem er die Einheit der Revision aufgibt. Er schließt sich insoweit der Ansicht von Kalthoener an, daß für jede einzelne Rüge die Einhaltung der Begründungsfrist Wirksamkeitsvoraussetzung sei und es demgemäß ebensoviele Möglichkeiten gebe, diese zu wahren oder zu versäumen, als es mögliche Revisionsrügen gebe.
- 2) Gerland, v.Hippel, Kern und Henkel, zit. bei Sarstedt, a.a.O. S.69.
- 3) Die amtliche Strafprozeßkommission von 1938 wollte bereits Teilanfechtung und Teilrechtskraft bei der Berufung beseitigen. Dieselben Grundsätze sollten auf die Revision Anwendung finden. Vgl. v.Hippel, Lehrb. S.578, 579, 594 und die dort zitierten Rechtslehrer (Fußnote von S.594), die diese Bestrebungen begrüßen.
- 4) Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.70.

Revisionsantrags, bzw. bei der allgemeinen Sachrüge allein der Antrag, die Revision zulässig macht.¹⁾ Darüber hinausgehende, inhaltlich unrichtige Erläuterungen können die einmal gewonnene Zulässigkeit der Revision logischerweise nicht mehr rückgängig machen. Dem prozessualen Vorprüfungsverfahren ist damit Genüge getan. Fehler in der Substantiierung der Rüge können nur noch zum Sachbescheid nach Abs.2 führen.

§ 2. Zweite Teilentscheidung: Die "einstimmig" für "offensichtlich" befundene Unbegründetheit der Revision

A. Das Erfordernis der Einstimmigkeit

Das materielle Vorprüfungsverfahren nach § 349 Abs.2 StPO kommt nur unter der Voraussetzung zum Zuge, daß sich der Inhalt der Revisionsschrift als "offensichtlich unbegründet" erweist, und zwar muß dem Gesetzeswortlaut nach "das Revisionsgericht die Revision **e i n s t i m m i g** für offensichtlich unbegründet erachten".

Diese Ausdrucksweise des Gesetzes ist insofern unrichtig, als der Senat seine Ansicht höchstens einstimmig äußern, nicht aber einstimmig "erachten" kann. Doch kann mit dieser Formulierung nur gemeint sein, daß er seine Überzeugung übereinstimmend gewinnen muß, jedes einzelne Mitglied also die Revision als offensichtlich unbegründet anzusehen hat.

Zu dieser übereinstimmenden Ansicht gelangt das Revisionsgericht auf folgende Weise: Ebenso wie beim Hauptverfahren²⁾ wird im Beschlußverfahren mit dem Vortrag des Berichterstatters begonnen. Eventuell hat der Berichterstatter das Ergebnis seiner Prüfung schon mit dem Vorsitzenden durchgesprochen, in aller Regel³⁾ hat er es jedenfalls schriftlich festgehalten und dem

1) A.A. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf RGSt. 67, S.197, ist auch heute noch Sarstedt, a.a.O. S.103 oben. - Das OLG Köln in NJW 1955, S.1243 und der BGH in LM Nr.9 zu § 344 Abs.1 sind gleichfalls Sarstedts Meinung.

2) nach § 351 StPO.

3) vgl. Wimmer in NJW 1950, S.201ff (203).

Vorsitzenden übergeben. Diese Übung ist insoweit dem Hauptverfahren nachgebildet. Während aber in einer anschließenden mündlichen Hauptverhandlung noch weiterer Prozeßstoff an den Senat herangetragen wird, der von den einzelnen Senatsmitgliedern unterschiedlich beurteilt werden kann, ergeht die Beschlußfassung nach § 349 Abs.2 StPO nur auf Grund des Aktenvortrags.

In dem anfänglichen Bestreben, die Abschaffung des § 349 Abs.2 StPO zu erreichen, stellte deshalb die Anwaltschaft den Wert des Einstimmigkeitserfordernisses dadurch in Frage, daß sie behauptete, "das Schicksal einer Revision würde durch den von den Prozeßbeteiligten nicht kontrollierten Vortrag des Berichterstatters (allein!) entschieden".¹⁾ - Der Vorsitzende kennt die Akten aber auch. Er hat sie ebenso gelesen wie der Berichterstatter. Seine Aufgabe ist es außerdem, den Vortrag des Berichterstatters zu kontrollieren. Sarstedt schildert die Situation am Bundesgerichtshof ferner dahin, daß "erfahrungsgemäß immer wieder aus den Beschlußsitzungen Sachen auf die Terminsrolle kommen".²⁾ Da der Vorsitzende, wenn er die Revision nicht für offensichtlich unbegründet hält, schon beim Eingang Termin bestimmt, und da der Berichterstatter, wenn er sie nicht für offensichtlich unbegründet hält, die Sache gar nicht erst in der Beschlußsitzung vorträgt, sondern dem Vorsitzenden zur Terminsbestimmung zurückgibt, sind die Terminsbestimmungen, die aus den Beschlußsitzungen hervorgehen, auf die Wachsamkeit der übrigen Senatsmitglieder zurückzuführen.

Es wird ferner verschiedentlich³⁾ behauptet, die "Einstimmigkeit" sei überflüssig, "da diese praktisch zumeist davon abhängig sein dürfte, ob Berichterstatter und Vorsitzender einig sind. Man sollte deshalb so ehrlich sein, das Einverständnis dieser beiden Personen allgemein genügen zu lassen."⁴⁾

1) v. Stackelberg in NJW 1960, S. 506. - Wimmer in NJW 1950, S. 201 hatte auch schon den Wert der Einstimmigkeit bezweifelt: "Zugespißt könnte man sagen: Der Berichterstatter entscheidet durch den Vortrag .. beinahe schon das Schicksal der Revision."

2) Sarstedt, Die Revision, 4. Aufl., S. 75, Fußn. 9 a. E.

3) so schon Petersen in DJZ 1898, S. 198; Adickes, Grundlinien durchgreifender Justizreform (1906), S. 31, zit. bei Schwinge, Grundlagen, S. 236.

4) vgl. Schwinge, Grundlagen, S. 236.

Diese Überlegung liegt nahe. Wenn indessen das Gesetz im Revisionsverfahren im allgemeinen nur den Aktenvortrag eines Senatsmitgliedes genügen läßt, ist anzunehmen, daß es davon ausgeht, die Mitglieder eines Revisionssenats seien so befähigte Richter, daß die Qualität ihrer Überzeugungsbildung nicht darunter leide, daß sie nicht auf eigenes Aktenstudium gegründet ist, sondern aus dem mündlichen Vortrag eines berichterstattenden Senatsmitgliedes gewonnen wird. Es darf weiter gefolgert werden, daß diese besonders geschulten Juristen auch befähigt sind, falls der Aktenvortrag des Berichterstatters ausnahmsweise etwas Wesentliches nicht enthält, den Mangel durch prägnante Rückfragen zu klären und den Vortrag zu vervollständigen, ohne die Akten selbst gelesen zu haben.

Daß solcher Widerspruch in der Praxis vielleicht manchmal unterlassen wird, mag bedauerlich sein. Würde man aber darüber hinaus die Übereinstimmung der Rechtsansichten des Berichterstatters und des Vorsitzenden genügen lassen, so wäre jede Willensbildung der übrigen Senatsmitglieder ausgeschlossen. Es würden also zwei Mitglieder (Vorsitzender und Berichterstatter) statt fünf Senatsmitglieder entscheiden. Das Mindeste Erfordernis, das aber an jede Entscheidung des Senats gestellt wird, ist, daß sie von einer Mehrheit getragen wird.

In einem Fünfersenat entfällt außerdem die Gefahr, durch die übereinstimmenden Rechtsansichten von Berichterstatter und Vorsitzenden überstimmt zu werden. Das betont auch Sarstedt, der hierzu ausführt: "In einem Dreierkollegium mag die Sache psychologisch anders liegen; der dritte Mann wird gewöhnlich fürchten müssen, nach dem Termin ohnehin überstimmt zu werden, wenn er sich der übereinstimmenden Ansicht des Vorsitzenden und des Berichterstatters in der Beschlußsitzung widersetzt. Er wird den Unterschied zwischen 'unbegründet' und 'offensichtlich unbegründet' vielleicht nicht immer für wichtig genug halten, um einen Termin zu erzwingen. Im Fünfmännersenat bilden aber der Vorsitzende und der Berichterstatter, auch wenn sie sich einig sind, zunächst nur eine Minderheit. Das verbessert die Chancen des Dissentierenden."¹⁾

1) Sarstedt, Die Revision, 4. Aufl., S. 275.

Der Wert des Einstimmigkeitserfordernisses in § 349 Abs.2 StPO wird auch von anderen Praktikern bestätigt. Bolze¹⁾ erwähnt, daß gelegentlich die Bewertung e i n e s Senatsmitgliedes das erstrebte Resultat umwerfe. Nach Schalscha²⁾ "entdeckt oft genug ein Mitglied des Senats ein nicht einmal in der Revisionsbegründung geltend gemachtes Bedenken, das zur Terminsanberaumung und oft zur Aufhebung des Urteils führt".³⁾ Ebenso will Hülle⁴⁾, der an sich eine großzügige Handhabung des § 349 Abs.2 StPO befürwortet, doch "selbstverständlich an der Einstimmigkeit der Beschlüsse festhalten". Auch v.Hippel⁵⁾ hält ein Abgehen von der Einstimmigkeit für "bedenklich". Wimmer⁶⁾, Hartung⁷⁾, Seibert⁸⁾ weisen gleichfalls darauf hin, daß es immer wieder vorkomme, daß einer dem beschließenden Senat zunächst unbegründet erscheinenden Revision später auf Grund der Hauptverhandlung und Beratung sogar stattgegeben werden müsse, obwohl eingangs nur e i n e r der mitwirkenden Richter gegen die Beschlußerledigung Bedenken erhoben hatte. Ja-gusch hält ebenfalls einen Verzicht auf das "wichtige Erfordernis der Einstimmigkeit" für ausgeschlossen.⁹⁾

Wenn gerade die Richterschaft an den Spitzengerichten, der die Streichung des Einstimmigkeitserfordernisses eine weitere Erleichterung bringen würde, auf Grund gesammelter Erfahrungen an der Einstimmigkeit festzuhalten wünscht, scheint es sehr bedenklich, auf diese Sicherung zu verzichten.

Im übrigen entspricht die Beibehaltung auch dem Zweck des § 349 Abs.2 StPO, der dem Revisionsgericht nur die Hauptverhandlung, nicht aber die Beratung ersparen soll.

- 1) (Senatspräsident beim RG) Verh.des 29.Dt.JT in Recht 1908, Sp.845.
- 2) DRiZ 1960, S.16ff.
- 3) Ders., ebda. S.17.
- 4) (Bundesrichter) NJW 1952, S.412 oben (unter Berufung auf den im geschichtlichen Teil besprochenen Beitrag von Lehmann in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, S.407).
- 5) vgl. Lehrb. S.603.
- 6) NJW 1950, S.201ff.
- 7) DRZ 1950, S.219ff.
- 8) DRZ 1948, S.371ff.
- 9) vgl. seinen Beitrag in NJW 1960, S.77 (a.E.).

B. Die Inhaltsbestimmung des Begriffes "offensichtlich unbegründet"

Kernstück des Streits um den Verwerfungsbeschluß nach § 349 Abs.2 StPO ist der Begriff "offensichtlich unbegründet". Zur Klärung ist hier zunächst der allgemeine Begriff der Unbegründetheit zu schildern und sodann gegen die "offensichtliche" Unbegründetheit abzugrenzen.

Der Begriff "unbegründet" ist der Gegensatz zu dem Begriff "begründet". Eine Revision kann nur das eine oder das andere sein. Beide Begriffe sind ferner keiner Steigerung oder Abschwächung fähig: Es ist ausgeschlossen, daß eine Revision "begründeter" oder "unbegründeter" als eine andere bzw. weniger begründet oder weniger unbegründet als eine andere ist. Entweder die Rechtsgrundlagen des Instanzurteils tragen dieses Urteil, oder sie tragen es nicht. Im ersten Fall ist die Revision begründet, im letzten unbegründet.

Die rechtliche Tragfähigkeit des Instanzurteils, welche die Unbegründetheit der Revision zur Folge hat, ist gegeben, wenn weder durch die in der Revisionsschrift des Beschwerdeführers dargelegten Argumente noch durch die Erwägungen des Revisionsgerichts dem vorinstanzlichen Urteil die Rechtsgrundlage entzogen wird. Die Tragfähigkeit entfällt, d.h. die Revision ist begründet, wenn durch den Angriff des Beschwerdeführers oder auf Grund der revisionsrichterlichen Prüfung das Urteil der Vorinstanz in seinem Rechtsbestand erschüttert wird.

Hieran ändert sich nichts, wenn vor den Begriff "unbegründet" in § 349 Abs.2 StPO das Adverb "offensichtlich" eingefügt wird: Die offensichtlich unbegründete Revision kann stets nur ein Unterfall der unbegründeten sein.

Was macht nun die unbegründete Revision zur offensichtlich unbegründeten, was hat man in diesem Zusammenhang unter "offensichtlich" überhaupt zu verstehen?

Keinesfalls das, was Herzfeld scheinbar darunter verstanden hat, als er sagte, die Gerichte würden in Zukunft "eine Sache 'offensichtlich unbegründet' nennen, wenn sich keine Gründe dafür (d.h. für die Annahme der Unbegründetheit) anführen las-

sen."¹⁾ Denn das würde bedeuten, daß das Revisionsgericht nach politischen und nicht juristischen Erwägungen entscheiden würde, daß es in Wahrheit begründete Revisionen über die "Offensichtlichkeit" zu unbegründeten machen dürfte. Das kann aber schon nach den obigen Ausführungen logisch nicht zutreffend sein. Außerdem würde eine Norm diesen Inhalts, welche willkürliche Entscheidungen für zulässig erklärte, dem über allen Verkehrsnormen stehenden, in § 1 GVG und dem Grundgesetz (Art. 97 Abs.1) niedergelegten Justizauftrag der dritten Gewalt zuwiderlaufen. Sie wäre eine Aufforderung an den Richter, nach außerjuristischen Gesichtspunkten unter Ansehen der Person zu urteilen, eine bewußte Rechtsverletzung zum Nachteil des Angeklagten zu begehen, und wäre damit inhaltlich eine Aufforderung zur Rechtsbeugung.²⁾

Diesen Inhalt kann der Begriff nicht haben, eine Diskussion darüber scheidet aus.

Außerdem beruht eine solche "Auslegung" auch auf einem Mißverständnis. Die Gefahr unkontrollierbarer Fehlentscheidung besteht bei jedem Gericht, das in letzter Instanz befindet. Allein aus der Möglichkeit zum Mißbrauch einer Befugnis läßt sich aber nichts für deren Inhalt herleiten. Herzfeld hat die Vorschrift in Wahrheit auch mit diesem hitzigen Ausspruch nicht interpretieren wollen. Er hat nur auf die Gefahr aufmerksam machen wollen, die in dieser neuen Machtverleihung an das Reichsgericht lag. Im Rahmen einer Debatte vor einer neuen Gesetzgebungsausarbeitenden Kommission, in der es allein um den juristischen Wert oder Unwert einer Bestimmung geht, wären Herzfelds politische Erwägungen nicht am Platze gewesen. In einer Parlamentsdebatte dagegen sind sie durchaus angebracht und notwendig.

Es muß nunmehr versucht werden, den Wortsinn des "offensichtlich unbegründet" zu ermitteln mit Hilfe der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden, wozu grammatische, genetische, systematische, historische, logische und andere Gesichtspunkte

1) Sten.Ber.d.Verh.d.Reichstags, 1.Wahlperiode, Bd.356, S.8253.
2) nach BGHSt. 3,124; 3,274; 4,66, soll sogar dolus eventualis genügen. Hierzu kritisch Welzel, Lehrb., 5.Aufl., S.524, unter Berufung auf Binding.

zur Erläuterung heranzuziehen sind. Dabei werden die zur Interpretation verwandten Bezugspunkte in der üblichen¹⁾ Reihenfolge abgehandelt werden.

Bei jeder einzelnen juristischen Auslegung wird stets der heute geltende objektive Sinn des Rechts zu ermitteln sein; denn dem subjektiven Sinn - d.h. dem Sinn, den die an der Entstehung des § 349 Abs.2 StPO beteiligten Personen dem Begriff "offensichtlich unbegründet" beigemessen haben - kommt nur noch sekundäre Bedeutung im Rahmen der historischen Auslegung zu.²⁾ Bei der Bearbeitung der einzelnen Gesichtspunkte werden die bisher bekannt gewordenen Auslegungsergebnisse dargelegt und besprochen.

Die wörtliche Interpretation

Um die "beliebige Dehnbarkeit"³⁾ des Begriffs auszuschließen, hat man seit der Schaffung des § 349 Abs.2 StPO versucht, die Befugnis zur Verwerfung durch "einengende Auslegung" des Begriffes der Offensichtlichkeit einzuschränken.

Man ging dabei von der Annahme aus, daß der Gesetzgeber mit dem Adverb "offensichtlich" den Ausnahmecharakter der Vorschrift betonen wollte. Nicht jede unbegründete Revision sollte im Beschlußwege erledigt werden dürfen, sondern nur die offensichtlich unbegründete.

Bei der ersten Kontroverse über die Beibehaltung der Bestimmung, die zwischen Kahl und Lobe stattfand, hatte der letzte - wie oben dargestellt - erklärt, daß er bei der Formulierung des Wortlauts "offensichtlich unbegründet" von der Vorschrift des § 319 BGB ausgegangen sei. Dieser erklärt die Bestimmung einer Leistung durch einen Dritten für unverbindlich, wenn die Bestimmung "offenbar unbillig" ist. Das Reichsgericht hatte

1) Eine "gesicherte Rangfolge" besteht unter den Auslegungsmethoden in der juristischen Interpretationslehre noch nicht, vgl. Engisch, Einführung S.82, der sich auf Zweigert u.a. (FuBn.180) beruft.

Im übrigen wird die Rangordnung auch erst dort interessant, wo schon mindestens zwei einander widersprechende Auslegungsergebnisse vorliegen.

2) vgl. Radbruch, Vorschule, S.88ff., vor allem aber ders., Rechtsphilosophie, S.211ff.

3) Stenogr.Ber.d.Verh.d.RT, 1.Wahlperiode 1920, Bd.356, S.8253, 1.Sp.

bereits früher hierzu ausgeführt, daß "Offenbarkeit" der Unbilligkeit vorliege, "wenn sich die Unbilligkeit dem Blick eines sachkundigen Beurteilers sofort aufdrängt".¹⁾

Diese Ableitung ist leider wenig aufschlußreich. Die Auswahl einer Leistung im konkreten Fall für offenbar unbillig zu befinden, ist zwar ähnlich wie bei § 349 Abs.2 StPO eine aus dem Unbestimmten heraus zu gewinnende Maßfrage, doch eine solche, die sich auf die Beschaffenheit einer Ware oder eines sonstigen Leistungsgegenstandes bezieht. Die Unbegründetheit einer Revision ist dagegen nicht auf eine konkrete Sachlage, sondern einen höchst komplexen rechtlichen Tatbestand bezogen, das vorinstanzliche Urteil. Die Revisionschrift des Beschwerdeführers ist in sich schon die Bewertung der vorinstanzlichen Bewertung (des Urteils), und die Feststellung ihrer offensichtlichen Unbegründetheit durch das Revisionsgericht stellt eine weitere Bewertung dar.

Während also in § 319 BGB von der erkennbaren Ansicht eines sachkundigen Beurteilers, etwa eines Kaufmanns, Ingenieurs etc., auszugehen ist²⁾, äußert sich im Falle des § 349 Abs.2 StPO ein Jurist, der Revisionsrichter, über juristische Ausführungen eines anderen Juristen, des Anwalts, zu einem vorausgegangenen juristischen Urteil. Der Vergleich mit § 319 BGB kann darum kaum zur Interpretation des Wortes "offensichtlich unbegründet" beitragen. Er stellt nur klar, daß, was hier noch "offensichtlich" sein soll, der Sache nach jedenfalls nur noch dem Eingeweihten zugänglich sein kann.

Deshalb haben bisher auch alle Beteiligten, Richterschaft wie Anwälte, unter dem Begriff "offensichtlich" immer die "sofortige Erkennbarkeit durch einen Sachkundigen" verstanden.

In diesem Sinne möchte Seibert³⁾ "mit Zurückhaltung von § 349 Abs.2 StPO Gebrauch machen". Die Erläuterungen, die weiter von seiten der Richterschaft durch Wimmer⁴⁾, Gage-Sarstedt,⁵⁾

1) RGZ 99, S.106.

2) für die Erkennbarkeit der Unbilligkeit ist der z.Zt. der Bestimmung erkennbare Tatsachenstand maßgebend; vgl. RGZ 69,168; Palandt, 21.Aufl., § 319 Anm.2.

3) in DRZ 1958, S.371ff.

4) in NJW 1950, S.201ff.

5) Die Revision, 3.Aufl., S.196ff. unter Berufung auf Kahl in JW 1925, S.1403 und Seibert, Wimmer und Hartung a.a.O.

Jagusch¹⁾ und Hartung²⁾ zu dem Begriff der "offensichtlichen Unbegründetheit" gegeben wurden, sind der Erläuterung von Seibert ähnlich; hierauf wird an späterer Stelle eingegangen. Für die Anwaltschaft hält das von Kalsbach veröffentlichte Gutachten des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer³⁾ an derselben Definition fest. - Beinahe wörtliche Übereinstimmung findet sich in den einschlägigen Kommentaren⁴⁾ und Lehrbüchern.⁵⁾ Ein Seitenblick in die Literatur zu § 93a BVerfGG (vormals § 24 BVerfGG), der Parallelbestimmung zu § 349 Abs.2 StPO, bringt nur Rückverweisungen⁶⁾ und Wiederholungen⁷⁾ der Formulierung aus dem Strafprozeßrecht. Auch dort, wo der Begriff in der modernen Verwaltungsgerichtsordnung Verwendung findet, sind die Formulierungen, mit denen er umschrieben wird, den im Strafverfahren verwandten sehr ähnlich.⁸⁾ - Die einzige erläuternde Aufteilung des Offensichtlichkeitsbegriffes findet sich in der Literatur zu § 349 Abs.2 StPO. Sie stammt von Wimmer und dient auch in der Beschlußspraxis in den anderen Verfahrensordnungen als Richtlinie.⁹⁾

Wimmer hat in einer ausführlichen Untersuchung¹⁰⁾ versucht, den Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit dadurch zu klären, daß er nach den einzelnen Gegenständen fragte, die

1) in NJW 1960, S.74ff. und in Löwe-Rosenberg (Jagusch), Vorbem. vor § 296 D II 3 d.

2) in DRZ 1950, S.219ff.

3) zit. als "Stellungnahme", S.60ff.

4) KMR-Komm., § 349 Anm.2; Eb.Schmidt, Lehrkomm., II § 349, Randn.2; Erbs, Komm.z.StPO, § 349 V; Schwarz, Komm.z.StPO, § 349 Anm.2 A; Jagusch in Löwe-Rosenberg, § 349 Anm.2.

5) Peters, Strafprozeßrecht, S.527; Henkel, Strafprozeßrecht, S.437; v.Hippel, Lehrb., S.588, Fußn.9 unter Bezugnahme auf den Kommentar von Löwe-Rosenberg.

6) so Pfeiffer, Verfassungsbeschwerde, S.269.

7) vgl. Geiger, Komm.z.BVerfGG, § 24, Anm.5d.

8) Koehler zum Beispiel interpretiert den Begriff der offenbar unbegründeten Klage im Vorbescheidsverfahren nach § 84 VwGO dahin, daß darunter eine Klage zu verstehen sei, bei der hinsichtlich ihrer Unbegründetheit "ohne weitere Aufklärung keine Zweifel bestehen können". Für die Beurteilung dessen, was vernünftig ist, soll das wohlerwogene Urteil eines Sachverständigen maßgebend sein. Koehler, Komm.z.VwGO, § 84 Anm. III 3.

9) vgl. Lechner, Komm.z.BVerfGG, § 24 Anm. II 1, der auf Eyermann-Fröhler, Anm.2 B zu § 55 Süddt.VGG verweist.

10) in NJW 1950, S.201ff.

hier "offen zu sehen" seien. Dabei kam er zu der Ansicht, daß sich die Offensichtlichkeit - wenn dem komplexen Tatbestand der Revision Genüge getan sein soll - auf mehr als einen Gegenstand beziehen müsse, daß sie sich nicht allein aus der Revisionsschrift ergeben könne, ohne Bezugnahme auf das ganze Rechtsrügeverfahren. Er legte deshalb jedem einzelnen Hauptmerkmal der gerichtlichen Entscheidung "Offensichtlichkeitscharakter" zu, nämlich dem Entscheidungsstoff, den daraus erwachsenden Rechtsfragen und deren Beurteilung durch einen Rechtskundigen, dessen Gedankenführung jedem Juristen zugänglich ist.

Im einzelnen arbeitete Wimmer folgende Kriterien heraus, an Hand deren das Revisionsgericht die Offensichtlichkeit des Begründungsmangels feststellen soll:

1. Es müsse leichte Überschaubarkeit des Entscheidungsstoffes vorliegen.

2. Ferner müsse offen zu sehen sein, welche Antwort auf die gestellten Rechtsfragen zu geben sei.

3. Beide Voraussetzungen müßten für den durchschnittlich geschulten Strafruristen offen sein.

Diese Erläuterung des Begriffes der "offensichtlichen Unbegründetheit" kann den Revisionsgerichten jedoch nicht weiterhelfen. Es ist nämlich durchaus möglich, daß ein Sachverhalt, der wegen seiner Länge und wegen seiner inhaltlichen Differenziertheit schwer überschaubar ist, doch in einer Revisionsschrift derart behandelt wird, daß die Revision als offensichtlich unbegründet zu bezeichnen ist. - Die Frage, wann Rechtsfragen einfach zu beantworten sind, läßt sich gleichfalls nicht allgemein festlegen. Das hier zur Erklärung oft verwandte Kriterium der "Zweifellosigkeit"¹⁾ der Rechtslage kann nicht weiterhelfen, genauso wenig wie die vielfach gebrauchte Formulierung, die "rechtliche Antwort" müsse "auf der Hand liegen".²⁾

¹⁾ nach Schmidt-Lechner, AnwBl. 1961, S.231. Schwerpunkt des ganzen Streites sei der Unterschied zwischen Zweifellosigkeit und Offenkundigkeit. Ähnlich mißverständlich Lechner, Komm.z.BVerfGG, § 24 Anm. II 1: "Offensichtlich unbegründet" ist der Antrag, wenn das Gericht vernünftigerweise keinen Zweifel an der Unbegründetheit hegen kann. Vgl. auch Eyermann-Fröhler, Komm.z.VwGG, Anm.2 D zu § 55 Süddt.VGG.

²⁾ Geiger, Komm.z.BVerfGG, § 24 a.a.O.

Es kann durchaus sein, daß sich die Erkenntnis der Unbegründetheit erst nach längerer Überlegung ergibt und doch im Ergebnis als "offensichtlich" bewertet werden muß.¹⁾

Die Kriterien zu 1. und 2. geben dem Gericht also keinen festen Entscheidungsmaßstab, denn es lassen sich beide Merkmale begrifflich nicht von den "schauenden" und "antwortenden" Personen trennen. Der Versuch, mit der Aufstellung dieser beiden Merkmale das Schwergewicht des Offensichtlichen aus dem subjektiven Entscheidungsbereich ins Objektive zu verlagern, ist nicht geglückt.

Ganz klar wird dies beim Durchdenken des dritten Merkmals, wonach die beiden erstgenannten Voraussetzungen "für einen durchschnittlich geschulten Strafruristen offen sein" sollen. Um die revisionsrichterliche Beurteilung in den kontrollierbaren Bereich des Objektiven hinüberzuziehen, soll der Richter hier sich selbst verobjektivieren, ehe er sein Urteil abgibt. Erst das Ergebnis eines Vergleichs zwischen seinen Fähigkeiten und denen eines durchschnittlichen Strafruristen darf ihm Maßstab für die Bewertung der Sach- und Rechtslage sein. Nun kommt es sogar auf den Charakter, also das Subjektivste der Persönlichkeit, an; denn der eine Richter wird dem Revisionsanwalt gegenüber großzügiger sein als der andere, wobei in einem Senat vermutlich die Veranlagung des Vorsitzenden die Atmosphäre und damit auch die allgemeine Tendenz zur "Strenge" oder "Toleranz" den Anwälten gegenüber bestimmt.

Auch das häufig herausgestellte Merkmal, die offensichtliche Unbegründetheit müsse "sofort"²⁾ oder "auf den ersten Blick"²⁾ erkennbar sein, gibt keine Klarheit. Hier wird die Entscheidung vom Zeitgefühl des Richterkollegiums abhängig gemacht mit dem Erfolg, daß wieder der eine Richter seinen "Durchschnittsjuristen" in der gleichen Zeit mehr erkennen lassen wird als der andere.

Der Beantwortung der Frage, was unter "offensichtlich" zu verstehen sei, ist man also mit dem Wimmerschen Interpretationsversuch nicht näher gekommen. Stets wird nur ein unbe-

1) Schwinge, Grundlagen, S.236.

2) vgl. schon die oben zitierte Definition bei Kahl und Lobe in JW 1925, S.1403 und 1612.

stimmter Begriff durch andere denselben Tatbestand umschreibende Begriffe paraphrasiert.

Da der Interpretationsversuch von Wimmer nicht zum Ziele geführt hat, muß versucht werden, den Wortsinn des Begriffes "offensichtlich unbegründet" auf andere Weise zu finden, um ein Merkmal zu gewinnen, das generell geeignet ist, die offensichtlich unbegründete Revision aus der Gruppe der unbegründeten herauszuheben.

Hierfür bietet sich als erstes der Versuch einer *Rückinterpretation* des Begriffes "offensichtlich unbegründet" aus den modernen Prozeßordnungen an. Dabei sollen diejenigen Vorschriften untersucht werden, nach denen "offensichtlich unbegründete" Klagen oder Anträge nicht zum Verfahren zuzulassen sind, und zwar die §§ 84 VwGO, 93a BVerfGG und Art.27 Abs.2 Menschenrechtskonvention.

Die Verwendung des Begriffes "offensichtlich unbegründet" im Vorbescheidsverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung läßt keine Vergleichsmöglichkeit mit dem Offensichtlichkeitsbegriff des § 349 Abs.2 StPO zu:

Im Gegensatz zum Revisionsverfahren in Strafsachen ergeht hier die Beschlußverwerfung nur im ersten Rechtszug und im Berufungsverfahren¹⁾, dagegen nie im Revisionsverfahren.²⁾ Auch die entsprechende Anwendung des § 84 VwGO ist im verwaltungsgerichtlichen Revisionsverfahren³⁾ ausgeschlossen. - Außerdem läßt sich auch die Stellung des Klägers im Verwaltungsprozeß nicht mit der des Angeklagten im Revisionsverfahren vergleichen, weil alle Bedenken entfallen, die gegen die "Rechtsstaatlichkeit" (Sarstedt) der Beschlußverwerfung im Strafverfahren erhoben werden: Ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör ist gar nicht denkbar, da nach "Beschlußverwerfung" durch den Vorbescheid auf fristgerechten Antrag des Klägers die mündliche Ver-

1) arg. § 125 Abs.2 Satz 5 VwGO: "In diesem Falle", also Prüfung der Zulässigkeit.

2) wie ein Vergleich des § 144 Abs.1 Satz 2 mit § 125 Abs.2 Satz 5 VwGO ergibt.

3) vgl. Schunck-DeClerck, Komm.z.VwGO 1961, § 84, Anm.1 und Eyermann-Fröhler, Komm.z.VwGO, 3.Aufl. 1962, § 84 Randn.8.

handlung doch noch durchgeführt werden muß (§ 84 Abs.2 VwGO). - Von einer "Rechtsverweigerung" im Kahl'schen Sinne kann gleichfalls nicht die Rede sein, weil die Verwerfungsbeschlüsse nach § 84 VwGO mit Begründung ergehen.

Ähnliche Bedenken müssen gegen eine vergleichende Heranziehung des Offensichtlichkeitsbegriffes aus dem Beschlußverwerfungsverfahren nach § 93a¹⁾ BVerfGG erhoben werden. Seit der Aufhebung des § 91a BVerfGG durch das 3. Änderungsgesetz vom 3.8.1963²⁾ und der Einführung des § 93a BVerfGG ist das Verfahren ein reines Annahmeverfahren geworden³⁾, für das der Begründungszwang entfallen ist.

Grundmann⁴⁾ schreibt zum Begriffsinhalt der offensichtlichen Unbegründetheit in der neuen Bestimmung, daß es nicht zutreffend sei, wenn in diesem Zusammenhang in den Beratungen⁵⁾ wiederum auf § 349 Abs.2 StPO als Vorbild hingewiesen worden sei. Mit dieser Vorschrift bestünde nur die Gemeinsamkeit, daß auch sie aus dem Bedürfnis einer Verminderung der Geschäftslast als Verfahrensvereinfachung geschaffen worden sei. Im übrigen lägen die einzelnen Momente unvergleichbar: Im Revisionsverfahren würde über ein Rechtsmittel entschieden, und zwar in einem abschließenden Instanzenzug. Hier würde erstmals mit dem Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde das allein - wenn auch keineswegs ausschließlich - mit dem Grundrechtsschutz betraute Organ befaßt. Der Inhalt der Unbegründetheit sei deshalb ein anderer.⁶⁾

Ähnlich wie im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht hat die offensichtliche Unbegründetheit in Art.27 Abs.2 der Konvention der Menschenrechte stark den Charakter einer Zulässigkeitsbeschränkung.

Auch hier muß ein abgeschlossen entschiedener Rechtsfall

- 1) eingefügt durch das Änderungsgesetz vom 3.8.1963, BGBl. 1963, S.589.
- 2) vgl. BGBl. a.a.O.
- 3) so Grundmann in DÖV 1963, S.756.
- 4) Ders. a.a.O.
- 5) Ders. zu § 91a BVerfGG in JZ 1957, S.613 und DÖV 1958, S.171 Anm.17.
- 6) Dies wird nicht voll erfaßt von Rinck in NJW 1959, S.171; Wessel in DVBl. 1952, S.161-62.

unter eine neue Rechtsmaterie, nämlich unter die in Art.25 der Konvention aufgezählten Rechte subsumiert werden.¹⁾ Findet sich kein Anhaltspunkt dafür, daß gegen irgendeines der genannten Rechte von den Vertragspartnern der Konvention verstoßen sein könnte, wird die Beschwerde als offensichtlich unbegründet verworfen. Daß dabei im deutschen Schrifttum die Ansicht vertreten wird²⁾, eine "sofortige" Erkennbarkeit des Begründungsmangels sei nicht erforderlich und es dürften nicht "umständliche Rechtsausführungen"³⁾ nötig sein, um das "Offensichtliche" darzutun, führt nicht zu neuen Erkenntnissen, die sich rückschließend auf den Begriff des Offensichtlichen in § 349 Abs.2 StPO verwenden lassen.

Zwar wurde der Begriff "offensichtlich unbegründet" ursprünglich § 349 Abs.2 StPO entnommen und zur Verkürzung des Rechtsmittelverfahrens in das Bundesverfassungsgerichtsgesetz und zur Ausgestaltung des Vorbescheidsverfahrens eingeführt. Es ist aber keine dieser Verfahrensarten der Revision in Strafsachen so ähnlich, daß die dortigen Beschlußverfahren mit dem Verfahren nach § 349 Abs.2 StPO verglichen werden könnten. Dasselbe gilt von dem Verfahren nach Art.27 Abs.2 der Menschenrechtskonvention. - In allen diesen Verfahrensordnungen ist vielmehr der Inhalt der Unbegründetheit selbst jeweils ein anderer. Es ist dann auch der Inhalt des Offensichtlichen des Begründungsmangels jedesmal ein anderer.

Weiter könnte das Wort "offenbar", das dem Sinne nach dem "offensichtlich" gleichgestellt werden kann, und außer in § 319 BGB auch noch in den §§ 1591 und 1717 BGB sowie in den §§ 64, 184 VGG im Bereich des bürgerlichen Rechts vorkommt, Aufschluß über den Begriff des "Offensichtlichen" in § 349 Abs.2 StPO geben. Dies in den genannten Bestimmungen zu untersuchen, ist deshalb sinnvoll, weil alle diese Vorschriften v o r 1922 geschaffen und unabhängig von § 349 StPO interpre=

1) Weil, The European Convention on Human Rights, Leyden 1963, S.127.

2) vgl. Bächle in NJW 1964, S.1998 und die dort aufgeführte Literatur.

3) vgl. Henrichs in NJW 1959, S.1529-30, der sich auf die Literatur zu § 349 Abs.2 StPO ausdrücklich bezieht.

tiert wurden. Es könnte aus dem Sinn, der dem Begriff des Offenbaren hier beigelegt wurde, durch komparative Interpretation ein Schluß auf den Wortinhalt der offensichtlichen Unbegründetheit in § 349 Abs.2 StPO gezogen werden, der zu einer Erläuterung des Begriffsinhalts führt.

Geht man zunächst der Bedeutung des Wortes "offenbar" in § 319 BGB gründlicher nach, ergibt sich, daß der Ausdruck den Digesten¹⁾ entnommen ist, wo für die Korrektur eines arbitrium durch richterliches Urteil "manifesta iniquitas" gefordert wird. Ähnlich ist die dem § 319 BGB entsprechende Bestimmung des code civil dem römischrechtlichen Vorbild nachgestaltet: Die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten soll hier nicht verbindlich sein, wenn sie "évidemment contraire à l'équité" ist.²⁾

Während sonst im Vertragsrecht der Wille der Vertragspartner den Inhalt der Verbindlichkeit bestimmt, wird mit dem Auftauchen des Begriffes "offenbar", "manifesta" oder "évidemment" der Personenkreis, der den Vertragsinhalt bestimmen soll, auf alle "billig" denkenden Personen, die zur Beurteilung des Leistungsinhalts herangezogen werden können, ausgedehnt.

Bedeutet dies nun, daß die Offensichtlichkeit jedem verständigen Menschen ohne nähere Begründung klar sein muß, oder ist dieser Personenkreis beschränkt? Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 319 BGB hat bereits im 99. Bande³⁾ die Grenze gezogen: Als "offenbar" unbillig wird hiernach eine Bestimmung angesehen, deren Unbilligkeit sich "unter Zugrundelegung des Sachverhalts zur Zeit der Entscheidung dem Blick eines unbefangenen Sachkundigen sofort aufdrängt". Dabei muß sie "zweifellos" von jedem Sachkundigen als solche erkannt worden sein.⁴⁾ - Die bei der Interpretation des offenbar Unbegründeten in § 349 Abs.2 StPO auftauchenden Abgrenzungsmerkmale in zeitlicher Hinsicht (die "sofortige Erkennbarkeit") und in bezug auf den höchsten Wahrscheinlichkeitsgrad (die "Zweifellosigkeit") sind

1) Digesten 17,2,1.79.

2) vgl. Art.1854 c.c.

3) S.106ff.

4) vgl. RG in Warneyer 1913, Nr.356.

also auch im Zivilrecht bei der Interpretation des offenbar Unbilligen entwickelt worden.

Ähnlich wird die Rechtssituation in den §§ 64, 184 VVG¹⁾ gehandhabt, wo Feststellungen, die einzelne Voraussetzungen des Versicherungsanspruches oder die Höhe des Schadens zum Gegenstand haben, "nicht verbindlich" sind, wenn sie "offenbar" von der wirklichen Sachlage erheblich abweichen. - Wieder wird, während sonst im Vertragsrecht die übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragspartner den Inhalt der Verbindlichkeit gestalten, mit dem Auftauchen des Begriffes "offenbar" der Vertragsinhalt von einer gedachten Allgemeinheit billig und gerecht urteilender, sachkundiger Personen bestimmt.

Wenn in § 319 BGB die Bestimmung einer Leistung, in den §§ 64, 184 VVG die getroffene Feststellung von Anspruchsgrundlagen bzw. Schadenshöhe als "offenbar" unbillig angesehen wird, wird damit in beiden Fällen die Bewertung vorliegender Tatsachen angegriffen. -

Im Rahmen der §§ 1591 und 1717 BGB wird dagegen das Wort "offenbar" nicht in bezug auf die Richtigkeit eines Urteils über einen Sachverhalt, sondern in bezug auf das Vorliegen von Tatsachen gebraucht:

Nach § 1591 Abs.1 Satz 2 BGB ist ein Kind nicht ehelich, wenn es "den Umständen nach offenbar unmöglich ist", daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat. Nach § 1717 Abs.1 Satz 2 BGB, für dessen Interpretation stets auf § 1591 verwiesen wird, bleibt eine Beiwohnung zur Begründung der Zahlvaterschaft außer Betracht, wenn es "den Umständen nach offenbar unmöglich ist", daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat. Hier ist die "offenbare" Unmöglichkeit Beweismittel für die Tatsache des Nichtbestehens der Vaterschaft.

An den Beweis des "offenbar Unmöglichen" sollen zwar strenge Anforderungen gestellt werden, doch genügte bereits nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁾ die sogenannte "große Wahrscheinlichkeit".

Zum Wahrscheinlichkeitsgrad, der an § 1591 BGB als Anforderung

1) Das Gesetz trat am 1. Januar 1910 in Kraft gemäß Art.1 des EGVVG vom 30.5.1908 (RGBl. I, S.305).

2) RGZ 167, S.271.

derung zugrunde zu legen ist, hat der Oberste Gerichtshof für die britische Zone den grundlegenden Maßstab für die spätere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁾ folgendermaßen formuliert:

"Zur Annahme der offenbaren Unmöglichkeit im Sinne des § 1591 BGB ist die Feststellung eines solchen Sachverhalts erforderlich, daß die Vaterschaft nicht nur nach der Überzeugung des jeweils erkennenden Richters, sondern schlechthin für jeden verständigen Menschen ausgeschlossen erscheint. Ein Ausschluß der Vaterschaft mit denkgesetzlicher Notwendigkeit oder mathematischer Sicherheit ist nicht zu fordern. Für die Feststellung des Sachverhalts an sich ist kein höherer als der im allgemeinen für die richterliche Überzeugungsbildung maßgebende hohe Grad von Wahrscheinlichkeit zu verlangen." 2)

Hier wird als Maßstab die Überzeugung eines jeden verständigen Menschen angegeben. Diesen hier gewonnenen Wahrscheinlichkeitsmaßstab für das "Offenbare" kann man jedoch nicht aus dem Bereich des Tatsächlichen herauslösen und im Bereich der Bewertung von Feststellungen anwenden. Würde man dies versuchen, käme man zu dem Ergebnis, daß bei einer "offenbar" unbegründeten Revision **n i c h t** mit mathematischer Sicherheit feststehen müßte, daß das Urteil der Vorinstanz unrichtig ist. Die Unbegründetheit müßte lediglich "offenbar" sein, und das wäre der Fall, wenn der Gesamtheit der Senatsmitglieder das Urteil der Vorinstanz als höchst wahrscheinlich unbegründet erschiene.³⁾

Die Wahrscheinlichkeitsabstufungen, die im Bereich der Feststellung von Tatsachen für den Aufbau des Tatbestandes nötig sind, weil das Gericht hier in jedem, auch dem ungeklärten Falle, entscheiden muß, dürfen für die rechtliche Beurteilung der Tatbestandsbewertung nicht herangezogen werden. Der Tatbestand selbst kann von der Vorinstanz nur richtig oder falsch bewertet worden sein. Im ersten Fall ist die Revision unbegründet, im zweiten begründet. Weil die Begriffe "unbegründet" und

1) BGHZ 7, S.116ff (120): Eine absolute Sicherheit ist nicht erforderlich. Darum verbietet es sich aber auch, im Sachverständigengutachten den Ausdruck der absoluten Sicherheit zu gebrauchen, wenn der medizinische Gutachter sich bewußt ist, daß Fehlerquellen nicht ausgeschlossen sind.

2) OGHZ 3, S.111.

3) Vgl. etwa den alten Gemeinrechtlichen Gegensatz von *certitudo mathematica* und *certitudo moralis*.

"begründet" keiner Steigerung oder Abschwächung fähig sind, scheidet auch die Kategorie des Wahrscheinlichen im Bereich der Begründetheit aus.

Der Begriff des "Offenbaren" bei der Unmöglichkeit in den §§ 1591 und 1717 BGB kann deshalb nicht vergleichsweise zur Interpretation der "offensichtlichen Unbegründetheit" in § 349 Abs.2 StPO herangezogen werden.

Schließlich könnte ein Hinweis auf die Bedeutung des Wortes "offensichtlich unbegründet" noch in der Rechtsprechung zu einer kurzfristig in Kraft gewesenen Verfahrensvorschrift zu finden sein: § 6 der Vereinfachungsverordnung zu § 519 b ZPO vom 16.5.1942¹⁾ ließ vorübergehend²⁾ die Verwerfung offensichtlich unbegründeter B e r u f u n g e n durch Beschluß zu. Hier ist die Judikatur deshalb aufschlußreich, weil es sich wieder um eine Verwendung des Begriffs innerhalb des Prozeßrechts handelt. - Dabei darf allerdings die bei der vergleichenden Heranziehung der obigen Vorschriften gewonnene Unterscheidung zwischen der Offensichtlichkeit unbegründeter Tatsachenfeststellungen und unbegründeter Rechtsansichten nicht außer Betracht bleiben; denn für die Revision ist die Rechtsprechung vor allem dort interessant, wo sie sich mit gegen R e c h t s a n s i c h t e n gerichteten Berufungen befaßt.

Beide Fälle der Berufung wurden zunächst gleich behandelt in dem grundlegenden Beschluß des Reichsgerichts vom 23.8.1942³⁾, der besagt:

"Als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 6 ... kann ein Rechtsmittel nur angesehen werden, wenn die Richtigkeit des angegriffenen Urteils und die Unrichtigkeit des Rechtsmittels angriffs außer Zweifel stehen."

Nur für die Anfechtung der Tatsachengrundlage des vorin=

1) RGBL. 1942, I, S.333.

2) durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 20.9.1950, BGBL. 1950, I, S.455, wurde gem. Art.2 Ziff. 66 die alte Fassung des § 519 b ZPO wieder Gesetz; durch Art.8 Ziff.21 desselben Gesetzes wurde der die Vorschrift ergänzende § 6 der VereinfachungsVO mit Aufhebung der ganzen VereinfachungsVO ungültig.

3) 5.Zivilsenat, abgedruckt in RSDR 1942, S.1515.

stanzlichen Urteils fährt die Entscheidung fort: "Davon kann nicht die Rede sein, wenn erfahrene Gutachter voneinander abweichen."¹⁾

Für die R e c h t s ansicht des Senats fordert Jonas die unbedingte inhaltliche Übereinstimmung mit dem Urteil der Vorinstanz.²⁾ Von der Anwendung des § 6 müsse stets abgesehen werden, wenn das Rechtsmittelgericht die rechtliche Auffassung des Vordergerichts zwar nicht billige, aber unter einem a n = d e r e n zweifelsfrei durchschlagenden Gesichtspunkt zu dem gleichen Ergebnis wie der Vorderrichter gelangt sei.

Erwähnenswert für eine Interpretation des Offensichtlichkeitsbegriffes in § 349 Abs.2 StPO ist ferner die Stellungnahme des Reichsgerichtspräsidenten zur Beurteilung von bekannten juristischen Streitfragen im Beschlußverfahren. Auch hier genügt seiner Ansicht nach, daß das Rechtsmittelgericht von der Richtigkeit der vom Vorderrichter vertretenen Ansicht voll überzeugt ist. "... wollte man verlangen", heißt es weiter, "daß die Ansicht über jeden ernstlichen Streit erhoben ist, so würden ... wohl wenige Fälle für den § 6 übrigbleiben"²⁾.

Diese Auslegung zeigt außerdem auch, wie schwankend die Meinung zum Merkmal der "Zweifellosigkeit" bei offensichtlichem Begründungsmangel ist. Jedenfalls kann hiernach keine Rede davon sein, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts alle "Sachverständigen", das heißt hier alle beteiligten Juristen, die sich zu einer einschlägigen Rechtsfrage geäußert haben, einer Ansicht sein müssen, wie oben "die erfahrenen Gutachter" bei der Beurteilung von Beweisfragen. Das Gericht kann vielmehr trotz eines Streites der Ansichten vom ordentlichen Revisionsverfahren absehen. - Für die Vorschrift des § 349 Abs.2 StPO gilt hier allerdings, daß die Senatsmitglieder eine Rechtsfrage "einstimmig" für nicht verhandlungswürdig befinden müssen.

Aus der Judikatur zu der vormals möglichen Beschlußverwerfung offensichtlich unbegründeter Berufungen im Zivilprozeß hat sich also nur ergeben: Es ist für die Offensichtlichkeit der Unbegründetheit begrifflich nicht erforderlich, daß alle Sachverständigen, die sich zu einer Rechtsfrage geäußert haben,

1) vgl. das Reichsgericht ebenda.

2) vgl. Jonas in DR 1942, S.998.

einer Ansicht sind. Da § 349 Abs.2 StPO aber das Einstimmigkeitserfordernis enthält, ist diese Erkenntnis für die Interpretation der Bestimmung erst in zweiter Linie interessant.

Die systematische Interpretation

Um ein Merkmal zu gewinnen, das generell geeignet ist, die offensichtlich unbegründete Revision aus der Gruppe der unbegründeten herauszuheben, bietet sich als nächste Methode die systematische Interpretation an. Knüpft man an die eingangs erwähnte verfahrensrechtliche Sonderstellung des § 349 Abs.2 StPO an, erscheint die von der Bestimmung vorgesehene Entscheidung als urteilsähnlicher, unanfechtbarer Beschluß.

Diese Betrachtungsweise sieht jedoch nur die materielle Rechtslage der Revision nach beendetem Verfahren. § 349 StPO ist aber als eine Verfahrensnorm zu verstehen, d.h. sie begreift die eingereichte Revisionsschrift unter dem Gesichtswinkel, in welcher Weise mit der Schrift weiter "zu verfahren" ist. Grundsätzlich hat dies nichts damit zu tun, ob eine Revisionsschrift vom materiellen Recht getragen wird oder nicht.

Im Verfahrensrecht geht es vielmehr in erster Linie um das Endurteil, das Ziel jedes Strafverfahrens, auf welches der ganze Prozeß hinstrebt. Verfahrensnormen sollen dazu dienen, die Bedingungen dafür zu schaffen, daß die Entscheidungsreife der Sache so schnell wie möglich herbeigeführt wird. Ist alles tatsächliche und rechtliche Material vorgebracht, ist der Prozeßstoff keiner weiteren Vervollständigung mehr fähig, so hat das Verfahrensrecht seine Funktion erfüllt. Der Prozeß ist zur Entscheidung nach der materiellen Rechtslage nunmehr reif. Erst das Endurteil ist der Punkt, in dem sich materielles und prozeßrechtliches Denken schneiden.

Wenn darum eine Verfahrensnorm auf materiellrechtliche Begriffe Bezug nimmt, kann dies nur im Hinblick auf das Endergebnis des Verfahrens zu verstehen sein, nämlich in Bezug auf die Frage, ob die materielle Rechtslage überhaupt noch einer Veränderung in einem weiteren Verfahren fähig ist, oder ob sie bereits feststeht, so daß sie ein ganzes Verfahren nicht mehr wert ist.

Danach müßte der Ausdruck "offensichtlich unbegründet" in § 349 Abs.2 StPO besagen: Der Senat hält eine Hauptverhandlung für entbehrlich, weil bereits "Entscheidungsreife" vorliegt. Vom Standpunkt des Beschwerdeführers aus würde dies bedeuten: Die **A u s s i c h t**, den Inhalt der Entscheidung in einem ordentlichen Verfahren noch zu seinen Gunsten zu beeinflussen, ist vom Gericht gleich Null bewertet worden. - Das Merkmal der "Aussichtslosigkeit" wird von Schwinge¹⁾ zwar als besonders praktisches Kriterium zum Erkennen der "offensichtlichen Unbegründetheit" hervorgehoben. Er empfiehlt, den Ausdruck in der Mitteilung an den Beschwerdeführer zu benutzen; denn die Bezeichnung, die Revision sei aussichtslos, würde klarstellen, daß bei der Prüfung im beschließenden Senat keinerlei Zweifel an der Unbegründetheit bestanden hätten, und würde den Prozeßvertreter niemals vor seinem Mandanten kompromittieren. - Das trifft zu. Hier jedoch, wo es um die Inhaltsbestimmung des Begriffes "offensichtlich unbegründet" geht, gibt die Bezugnahme auf die Aussichtslosigkeit nichts her: Selbst wenn ein günstiger Prozeßausgang für den Beschwerdeführer so unwahrscheinlich ist, daß er als aussichtslos bezeichnet werden muß, macht ein solches Wahrscheinlichkeitsurteil die Revision noch nicht "offensichtlich" unbegründet. Außerdem muß nicht jeder Fall von "Entscheidungsreife", über den der Senat sich einig ist, auf "Offensichtlichkeit" basieren.

Es muß deshalb weiter versucht werden, die Lösung erst einmal durch richtiges Verständnis des materiellrechtlichen Inhalts des Begriffes "offensichtlich unbegründet" zu finden.

Die teleologische Interpretation

Entwicklungsgeschichtlich ließ sich der Begriff der offensichtlichen Unbegründetheit durch Rückführung auf die "offenbare" Unbilligkeit in § 319 BGB nicht erklären. Es könnte aber sein, daß in dem **Z w e c k**, der zur Schaffung des § 349 Abs.2 StPO geführt hatte, Elemente enthalten sind, die sich für eine Definition der offensichtlichen Unbegründetheit verwenden lassen; denn wenn es nicht möglich ist, den Sinn des

1) Schwinge, Grundlagen, S.236 unten.

Begriffes durch einfache historische, wörtliche und systematische Interpretation zu gewinnen, muß versucht werden, durch eine weitere juristische Auslegungsmethode, die teleologische Konstruktion, seinen Inhalt zu ermitteln.

Bei dieser juristischen Konstruktion wird die Sinnermittlung eines Rechtsinstituts nach vorangegangener Analyse des ganzen Rechtssatzes durch Synthese, d.h. durch den Wiederaufbau des ganzen Rechtsinstituts, aus seinen vorher gedanklich isolierten Teilen gewonnen.¹⁾ Diese Konstruktion geschieht hier unter dem Gesichtspunkt der hinter § 349 Abs.2 StPO stehenden Rechtszwecke, die für die Einführung des Gesetzes im Jahre 1922 maßgebend waren.

Stellt man derart das historische Element in den Vordergrund, erklärt sich die Einführung der Verwerfungsbefugnis für offensichtlich unbegründete Revisionen durch Beschluß erstens aus einem zeitbedingten Entlastungsstreben, d.h. aus der besonderen politischen Situation, welche im Jahre 1922 den übergroßen Arbeitsanfall beim Reichsgericht ausgelöst hatte, und zweitens aus den seit Anfang des Jahrhunderts bestehenden Reformversuchen, zu generellen Entlastungszwecken eine Vereinfachung des Revisionsverfahrens bei offensichtlicher Unbegründetheit einzuführen; mit dieser sollte erreicht werden, daß die Richter am Reichsgericht, deren Anzahl aus Gründen der Rechtseinheit nicht erhöht werden sollte, für ihre eigentlichen Aufgaben frei wurden, nämlich für gleichmäßige und gerechte Rechtsanwendung und richtliniengebende Rechtsfortbildung zu sorgen.²⁾

Welcher Zweck den Vorrang hatte, ob die seit langem schon im Zivilprozeß erstrebte und für die Rechtseinheit als wichtig erkannte generelle Entlastung oder die momentane Überbelastung, läßt sich nachträglich trotz der zahlreichen Unterlagen nicht mit Sicherheit feststellen. In dem Streit um den damaligen § 389 des Entwurfs wurden in der Begründung beide Motive hinter-

1) vgl. Radbruch, Vorschule, S.10.

2) In der Begründung zu dem Entwurf des "Gesetzes zur weiteren Entlastung der Gerichte" heißt es ausdrücklich: Das Reichsgericht könne ohne diese neue Bestimmung "seiner Hauptaufgabe, die Rechtseinheit zu wahren, nicht gerecht werden".

einander erwähnt, ohne daß ein Anhaltspunkt dafür gegeben wäre, welchem Motiv der Vorrang eingeräumt wurde.¹⁾ Damals aber wie heute wollen die Gegner der Norm nur die zeitbedingte Entlastung als Hauptmotiv gelten lassen, während die Befürworter stets auf den unschätzbaren Wert der Bestimmung für die Erhaltung und Förderung von Rechtseinheit und Rechtsfortbildung pochen.²⁾

Sicher ist Schwinge³⁾ insoweit zuzustimmen, daß allein mit dem Argument der generell notwendigen Entlastung niemals die beschlußweise Erledigung "verhandlungsunwürdiger" Fälle im Reichstag durchgesetzt worden wäre. Es bedurfte hierzu erst des Drucks der Überbelastung in den Nachkriegsjahren.⁴⁾ Selbst wenn sich aber aus der Begründung zum Entwurf des damaligen § 389 StPO, der beide Motive hintereinander anführt, ableiten ließe, welchem Zweck der Vorrang einzuräumen sei, muß eine Interpretation, die sich allein auf die Entstehungsgeschichte der Norm und die damals vorrangigen Gesetzeszwecke stützt, für das heutige Verständnis des Rechtsinstituts unvollkommen bleiben.

Jede historische Auslegung kann stets nur feststellen, welchen Sinn ein Rechtsinstitut nach dem Willen des Gesetzgebers damals erfüllen sollte. Sie ist deshalb nur als Hilfsmittel zur Interpretation zu gebrauchen. Der Sinn, welcher dem Begriff "offensichtlich unbegründet" heute zukommt, erklärt sich nicht aus ihr.

Diese Unvollkommenheit liegt darin begründet, daß der Wille des Gesetzgebers gelegentlich nicht ganz richtig oder nicht vollständig mit dem Gesetz zum Ausdruck gelangt. Vor allem aber ist jedes Gesetz zeitgebunden. Auch wenn man also davon ausgeht, daß es dem Gesetzgeber zu dem Zeitpunkt, in dem sein Gesetz in Kraft trat, gelungen wäre, sich so auszudrücken, wie

1) vgl. die Verhandlungen des Reichstags, 1.Wahlperiode 1920, Bd.374, Anlagen zu den Sten.Ber., S.4888. - Zur Auseinandersetzung des Reichstags vgl. Verhandlungen des Reichstags, 1.Wahlperiode, Bd.356, Sten.Ber., S.8251-8254 (insbes. S. 8253).

2) Für die heutige Literatur vgl. mit zahlreichen weiteren Zitaten Jagusch, a.a.O.

3) Grundlagen, S.231 und 232.

4) Schwinge, Grundlagen, S.232.

er wollte, hat das Gesetz sich doch bereits mit dem Gesetzgebungsakt vom Gesetzgeber gelöst, und während der Wille der gesetzgebenden Versammlung noch eine Weile fortbestehen konnte, war das Gesetz vom ersten Augenblick an den Wandlungen ausgesetzt, die an ihm von der Umwelt vollzogen wurden. - Weil die Sprache, die sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sich ändern, ändert sich mit ihnen das Verständnis des Gesetzes. Selbst wenn es deshalb dem Rechtsanwendenden später gelingt, "sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken"¹⁾, und wenn es ihm gelingt, auch den "zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandenen Rechtszustand sich zu vergegenwärtigen, von welchem anzunehmen ist, daß er auch dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen ist"¹⁾, ist das Gesetz zum Objekt und selbständigen Geisteswerk geworden, dem stets eine eigene "überschießende Bedeutung"²⁾ und Wirkung zukommt, die bei der modernen Rechtsanwendung beachtet werden muß. Darum muß jede historische Auslegung in die teleologische münden und sich mit dieser verbinden;³⁾ denn es gilt, den objektiven Sinn des Gesetzes zu erfassen, so wie er im jetzigen Augenblick verstanden werden muß.⁴⁾ Die Freiheit des Rechtsanwenders heute kann unter Umständen so weit gehen, daß er "als Willen des Gesetzgebers feststellt, was im b e w u ß t e n Willen der Gesetzesverfasser niemals vorhanden war".⁵⁾ Der empirische Gesetzgeber muß dem nur im Gesetz selber lebenden Gesetzgeber das Feld räumen. Diese auf das neue Rechtsbedürfnis bezogene Methode führt "in unmerklichem Übergange zu den Regeln, die der Ausleger des Gesetzes selbst als Gesetzgeber aufstellen würde."⁶⁾ Sie ist ein "unlösbares Gemisch"⁷⁾ aller denkbaren Erwägungen, um dem heute das Gesetz tragenden, stän-

1) so Windscheid, zit. bei Engisch, Einführung, S.81.

2) vgl. Coing, Rechtsphilosophie, S.16.

3) Engisch, a.a.O. S.81.

4) so Radbruch, Rechtsphilosophie, S.211-212.

5) Radbruch, a.a.O.

6) vgl. Art.1 des ZGB: "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. - Er folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung."

7) vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S.211.

das im Fluß befindlichen Dauerwillen des Gesetzes zum Sieg zu verhelfen.

Betrachtet man die beiden Zwecke, die 1922 zur Schaffung des § 349 Abs.2 StPO geführt haben, muß man den Gegnern der Bestimmung zugeben: Vorausgesetzt, daß das Motiv der Entlastung für die Ausscheidung der offensichtlich unbegründeten Revisionen aus den unbegründeten überhaupt maßgebend sein kann - die z e i t bedingte Entlastung würde die Beibehaltung des § 349 Abs.2 StPO jetzt keinesfalls mehr rechtfertigen. Zur Zeit besteht sicher keine über den allgemeinen Belastungszustand hinausgehende notstandsähnliche Sonderbelastung am Bundesgerichtshof, die sich auch nur im entferntesten mit dem Ansturm auf das Reichsgericht im Jahre 1922 vergleichen ließe, im Gegenteil: Aus den Statistiken über den Arbeitsanfall beim Bundesgerichtshof ergibt sich, daß die Strafsenate am wenigsten unter der Überbelastung zu leiden haben.¹⁾

Es kann also hier schon festgestellt werden, daß von den beiden Normzwecken, die dem Gesetzgeber bei der Einführung der Beschlußverwerfung vorgeschwebt haben, für die moderne Interpretation nur noch die generelle Entlastung bedeutsam ist.

Damit ist der Weg frei für eine Sinn- und Zweckfindung des § 349 Abs.2 StPO heute, und wenn feststeht, welche Bedeutung dem generellen Entlastungszweck zukommt, kann eventuell weiter versucht werden, aus diesem Zweck eine positive Richtlinie für die unterschiedliche Behandlung "offensichtlich" unbegründeter Revisionen von den allgemein unbegründeten zu gewinnen.

Der generelle Entlastungszweck ergibt sich aus der konkreten Sachlage. Nur ist die Situation am Bundesgerichtshof bisher meist einseitig von den an der Revision Beteiligten darge-

1) vgl. hierzu Tabelle VII für das Jahr 1961. Beim BGH für Strafsachen machen die anhängigen Verfahren nur etwa eine einzige Monatsleistung gegenüber zehn und mehr bei anderen Gerichten aus. Nach Angaben von Petersen, Betrieb 1958, S. 127: "In Strafsachen sind (1958!) praktisch keine Rückstände vorhanden. Es ist sogar möglich gewesen, Richter aus den Strafsenaten herauszuziehen und einen Strafsenat aufzulösen." Zitiert bei Duske, Diss. S.156. Über die besonders drückende Überlastung an den Zivilsenaten und den anderen oberen Bundesgerichten vgl. das Gutachten von Pohle zum Deutschen Juristentag von 1962, S.21ff und Möhring in NJW 1962, S.336ff.

stellt worden. Zieht man indessen objektive Anhaltspunkte heran und stellt die verschiedenen Meinungen einander gegenüber, läßt sich das Ausmaß der Belastung des Bundesgerichtshofs mit für die Rechtsentwicklung unfruchtbarer Mehrarbeit klar erkennen.

Auch in den Zeiten, in denen der Bundesgerichtshof mit Strafsachen normal oder wenig belastet ist, besteht zwischen der Revisionsfreudigkeit der Verfahrensbeteiligten kein Gleichgewicht.

Die Staatsanwaltschaft, mit erfahrenen Volljuristen besetzt und durch innerdienstliche Weisungen, die sogenannten Richtlinien für das Strafverfahren, gehalten, keinen überflüssigen Gebrauch von ihrem Beschwerderecht zu machen¹⁾, ist nicht nur persönlich vom Strafverfahren nicht betroffen, sondern sie ist auch nicht Partei und unbedingter Gegner des Angeklagten, dessen Aburteilung in der Vorinstanz sie objektiv zu überprüfen und unter Umständen auch zu seinen Gunsten anzufechten hat. - Aus allen diesen Gründen besitzt man an den Staatsanwaltschaften, "von gelegentlichen Versuchen örtlicher Staatsanwaltschaften"²⁾ abgesehen, genügend Kritikfähigkeit, um Revisionen, deren Erfolg ausgeschlossen wäre, nicht anzustrengen.

Persönliche Unbefangenheit und juristische Kenntnisse fehlen dagegen fast regelmäßig beim Angeklagten. Selbst wenn er von seinem Anwalt gegenteilig beraten wurde, wird er um jede noch so trügerische Hoffnung "kämpfen", um die mit dem Strafurteil für sein Ansehen, seine Vermögensverhältnisse, seine Familie usw. verbundenen Nachteile abzuwenden. Gerade weil er als Laie die Chancen seiner Rechtsrüge nicht beurteilen kann, wird er in jedem Falle alle Verteidigungsmöglichkeiten ausschöpfen wollen.

Das Ergebnis ist bekannt.

In dem Bestreben, den Übelstand zu beseitigen, halten nun Revisionsrichter und Revisionsanwälte jeweils das "Maßhalten" der anderen Seite für unerlässlich. Sie überziehen einander mit "Pflichten", die nirgendwo geschrieben stehen, und leiten aus der Verletzung solcher imaginärer Pflichten "Mißbrauchstatbe-

1) Richtlinien für das Strafverfahren vom 1.8.1953, Nr. 130, 131.

2) Jagusch in NJW 1960, S. 74.

stände" her. Dabei haben beide Seiten mit beträchtlichem moralischen Aufwand die Frage nach der Berechtigung einer generellen Entlastung des Revisionsgerichts durch § 349 Abs.2 StPO zum Tummelfeld scheinbar unentwirrbarer Widersprüche gemacht: So hält z.B. Sarstedt einerseits § 349 Abs.2 StPO für "wenig rechtsstaatlich", andererseits jedoch für unerlässlich, um "dem starken Mißbrauch der Revision zu steuern".¹⁾ Einmal soll § 349 Abs.2 StPO "wie eine Rechtsverweigerung" wirken, weil der urteilsähnliche Beschluß ohne Begründung ergeht;²⁾ ein andermal ist dagegen ein Bundesrichter der Ansicht, bei Beschlüssen nach § 349 Abs.2 StPO könne es nichts zu begründen geben, und beruft sich hierbei auf die "Natur der Sache".³⁾ Diese Widersprüche werden auch nicht aufgehoben, wenn derselbe Bundesrichter einerseits die Bestimmung befürwortet, dann aber von einem "abzustellenden Mißbrauch" spricht, falls die Vorschrift "in schwierigen Sachen" angewendet wird, ohne anzudeuten, was er unter "schwierig" versteht.⁴⁾

Trifft aber irgendeine Seite ein Verschulden an den bestehenden Zuständen?

In Wahrheit kann ein Angeklagter, der eine Revision nach geltendem Recht einlegt, gar nicht "mißbräuchlich" handeln, wenn er nicht gerade die Zulässigkeitsvoraussetzungen, z.B. durch Bestechung des Urkundsbeamten, erschleicht. Die ordnungsgemäße Geltendmachung seines Rechts auf Nachprüfung des Instanzurteils ist ganz unabhängig von dem Motiv, das den Angeklagten zur Revisionseinlegung veranlaßt hat. Das Revisionsgericht hat nicht zu prüfen und darf sich auch nicht davon beeinflussen lassen, ob der Angeklagte von seinem Beschwerderecht aus gekränkter Unschuld oder "nur" wegen des Strafaufschubs

- 1) vgl. Sarstedt, Die Revision, 4.Auflage, S.276. An sich sollte § 345 StPO den Mißbrauch der Revision durch den Angeklagten verhüten, so Sarstedt, a.a.O.
- 2) so Frhr.v.Stackelberg, NJW 1960, S.506 unter Berufung auf Kahl und die Zustimmung von Lobe, s. auch S.42 dieser Arbeit.
- 3) Jagusch, NJW 1960, S.76, 1.Sp. unten, der sich hierbei u.a. wieder auf v.Stackelberg beruft, welcher in den AnwBl. 1959, S.202 selbst von der "Masse der mißbräuchlichen Revisionen in Strafsachen" spricht.
- 4) vgl. Anm.3.

Gebrauch gemacht hat. In Wirklichkeit kümmert es sich auch gar nicht um die Erforschung solcher für das Verfahren unwichtiger Hintergründe.

Man kann es dem Angeklagten also nicht nur "nicht verdenken", wie Jagusch¹⁾ meint - es ist "immer" sein Recht, Revision einzulegen. Schließlich trägt der Angeklagte als Beschwerdeführer auch die Last dieses Rechts: die Kosten²⁾ und das Risiko, das trotz des grundsätzlichen Verbots der reformatio in peius noch hoch ist. So besteht für ihn z.B. die Gefahr des ernstern Schuldspruchs, beispielsweise³⁾ werden bei den Revisionsgerichten im allgemeinen an die Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs strengere Anforderungen gestellt; auch kann die Frage, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt, für den Angeklagten nachteilig entschieden werden. Weil das Verbot der Schlechterstellung in § 358 Abs.2 StPO den Angeklagten nur vor nachteiliger Abänderung von Art und Umfang der Strafe schützt, muß er auch das Risiko einer Einbeziehung weiterer Fälle in den Fortsetzungszusammenhang oder der Verängerung der Strafzeit eingehen (bei Verhängung einer Gefängnisstrafe statt einer Zuchthausstrafe im Verhältnis 3 : 2). Letzten Endes gehen auch alle Entscheidungen, die ihm keine strengere Beurteilung, sondern nach Aufhebung und erneuter Verhandlung dieselbe Strafe im anderen Gewande einbringen, zu seinen Lasten, wie z.B. die Verhängung einer gleich hohen Gesamtstrafe statt einer Einzelstrafe bei einer Nichtanrechnung der ganzen Untersuchungshaft - ein Zeitverlust, dem er bei Rechtsmittelverzicht und sofortigem Strafantritt entgangen wäre. - Auch der Angeklagte, der nur aus Trotz und Verzweiflung diese Unsicherheitsfaktoren in Kauf nimmt, hat einen Anspruch auf die Überprüfung des Instanzurteils, die - selbst wenn sie nur in Beschlußform und zu seinen Ungunsten ergeht - ihm zumindest ein Plus an Rechtsgewißheit verschafft.

Es erscheint auch wirklichkeitsfremd, wenn Sarstedt⁴⁾ von

1) Jagusch, a.a.O. S.74.

2) Das Verbot der Schlechterstellung gilt nicht für die Kostenentscheidung: BGHSt. 5, S.52 = NJW 1954, S.122 = LM Nr.10 zu § 358 mit Anm. von Jagusch.

3) Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.76ff.

4) Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.276.

der Anwaltschaft verlangt, "mißbräuchliche Revisionen schon im Anwaltsbüro zurückzuhalten". Selbst in den Fällen, in denen der Angeklagte schon emotionell mit seiner Bestrafung fertig geworden ist und nicht mehr das Unmögliche vom Revisionsgericht erhofft, wird eine Revision, auch wenn sie nur formalen Rechtswert für ihn hat, häufig große "praktische Vorteile" für ihn haben, die der Staat, wenn er ein Rechtsstaat ist, auch bei Leerlauf nicht streichen kann, und gegen die alle gutgemeinten Reden eines Anwalts nichts auszurichten vermögen. Die Fälle sind nicht selten, in denen ein Strafaufschub (der im Durchschnitt bis zur Beschlußverwerfung sechs Monate währt) für den auf freiem Fuß befindlichen Rückfallbetrüger z.B. noch die persönliche Anwesenheit bei der Liquidation seines Unternehmens bedeutet oder ihm die Möglichkeit gibt, neue Beziehungen für eine berufliche Tätigkeit nach Ablauf seiner Strafhaft anzuknüpfen. Für einen verurteilten Beamten bedeutet der Strafaufschub in jedem Falle, daß ihm bis zum Endurteil noch die Hälfte seiner Beamtenbezüge weiter überwiesen wird. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Wer ist schließlich der Rechtsanwalt, daß man von ihm verlangt, er solle, um das Revisionsgericht zu schonen, den Angeklagten hier "zur Rücksichtnahme" auffordern, andernfalls sei die Revisionseinlegung ein "grober Mißbrauch"?

Andererseits ist es voreilig, wenn die Anwaltschaft bei einer Hundertzahl aller eingegangenen Revisionsanträge aus den zwischen 60 und 67,9 liegenden Prozentzahlen der Verwerfungsbeschlüsse ohne weiteres den Schluß auf eine "mißbräuchliche" Ausnutzung der Verwerfungsbefugnis durch den Bundesgerichtshof zieht. Diese Prozentzahlen besagen noch nichts über die Frage, ob die Beschlüsse zu Recht oder zu Unrecht ergangen sind. Will die Anwaltschaft hierüber diskutieren, muß sie konkrete Fehlbeschlüsse offenlegen. Die Richterschaft scheint solchen Diskussionen auch nicht ablehnend gegenüberzustehen; Sarstedt, der vor den Gefahren des Beschlußverfahrens ausdrücklich warnt, schreibt jedenfalls in der Neuauflage seiner "Revision in Strafsachen", daß die Auseinandersetzung seinerzeit zwischen Kahl und Lobe "... eine ebenso vornehme wie wirkungsvolle Art

1) Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.276.

gewesen sei, einem Mißbrauch des § 349 Abs.2 StPO entgegenzutreten".¹⁾

Sieht man aber einmal von den Gefahren der Fehlentscheidung ab, ergibt die Vielzahl der Verwerfungsbeschlüsse - sine ira et studio betrachtet - eigentlich eine positive Feststellung: In 60 bis 67,9 % der Revisionen ist die Entscheidung der Vorinstanz zu Recht ergangen, und zwar nach einstimmiger Ansicht aller Senatsmitglieder sogar "offensichtlich" zu Recht. Darum sagt Jagusch: "Niemand trägt eine 'Schuld' an der Häufigkeit von Beschlußverwerfungen ... Keineswegs beruht sie, wie es zunächst scheinen könnte, v o r w i e g e n d auf Fehlern der Anwälte bei der Revisionsbegründung oder auf unangebrachten gerichtlichen Entlastungsbestrebungen ... In diesen Zahlen spiegelt sich vielmehr vor allem die Tatsache, daß viele Strafkammersachen, einfache und umfangreichere, so entschieden werden, daß es an dem Urteil nichts mehr zu beanstanden gibt ... Sie bilden die große Mehrzahl der Revisionen."²⁾

Diese Sachlage ist der Grund für das generelle Entlastungsbedürfnis. Aus ihr erklärt sich, daß auf das Beschlußverfahren oder eine ähnliche Einrichtung auch in Zukunft schwerlich verzichtet werden kann.

Allerdings darf der Umstand, daß in vielen Fällen, die zum ordentlichen Revisionsverfahren zugelassen werden, die Revision des Angeklagten letzten Endes als unbegründet zurückgewiesen wird, nicht zu der Annahme verleiten, daß dem Angeklagten durch eine statt des Revisionsurteils ergangene Beschlußverwerfung kein Unrecht geschehen wäre. Wenn auch die endgültige materielle Entscheidung für den Angeklagten in beiden Fällen die gleiche ist, geht es im Verfahren nach § 349 Abs.2 StPO stets um das Recht, zum ordentlichen Verfahren mit Hauptverhandlung und Urteilsbegründung zugelassen zu werden; dieses Recht darf nicht beschnitten werden. - Mit anderen Worten: Der beschließende Senat hat andere Befugnisse und Funktionen als der Senat im normalen Revisionsverfahren, obwohl er über dieselbe Sache entscheidet und aus denselben Personen besteht. Dem eingeschränkten verkürzten Verfahren entspricht die eingeschränkte Prüfungs-

1) Fußnote 10 auf Seite 276.

2) Jagusch, a.a.O. S.74.

befugnis: In der Beschlußsitzung dürfen nur diejenigen Fälle von den unbegründeten Revisionen des Angeklagten erledigt werden, die Offensichtlichkeit eines Mangels an Begründung aufweisen. Dies ist die legitime Aufgabe des beschließenden Senats, und sie dient dem Zweck, das Revisionsgericht bei Offensichtlichkeit des Begründungsmangels vom zeitraubenden ordentlichen Verfahren freizustellen, weil es dem Senat nicht zuzumuten werden kann, sich mit etwas rechtlich Sinnlosem zu befassen.

Jagusch versucht, allein aus der Notwendigkeit der Entlastung eine positive Richtlinie für die unterschiedliche Behandlung "offensichtlich" unbegründeter Revisionen von den allgemein unbegründeten abzuleiten. Seine Erläuterung des Begriffs der Offensichtlichkeit bezieht sich ausschließlich auf den generellen Entlastungszweck, dem § 349 Abs.2 StPO dienen soll.

Jagusch erklärt zunächst das Beschlußverfahren nur dort für anwendbar, wo erst die Unbegründetheit und sodann deren Offensichtlichkeit von allen Senatsmitgliedern für gegeben erachtet wurde; er betont dabei auch ausdrücklich, "die Unbegründetheit muß nach sorgfältiger Durcharbeitung im dargelegten (Wimmerschen) Sinne offensichtlich sein".¹⁾ Dann aber fährt er fort: "Selbstverständlich gewähren diese Grundsätze dem Revisionsgericht einigen Spielraum, aber keinen größeren als andere Auslegungsregeln auch. Ein überlastetes Revisionsgericht mag gelegentlich auch dazu neigen, die Grenze etwas weiter zu ziehen, aber das ist, solange die Grundregeln beachtet werden, der Sinn einer Entlastungsvorschrift und besagt nichts Grundsätzliches gegen sie."¹⁾

Diese Überbetonung des Entlastungszwecks ist in einer gefährlichen Weise mißverständlich. - Daß die erste grundsätzliche Feststellung, ob die Revision unbegründet ist, im Beschlußverfahren in einem zusätzlichen "Spielraum" getroffen werden darf, wollte Jagusch sicher nicht sagen. Er wollte damit nur das Merkmal "offensichtlich", über das sich der Senat an zweiter Stelle einig sein muß, als unbestimmte Größe hinstellen, die dem Senat einen Entscheidungsspielraum beläßt. Warum aber

1) Jagusch, a.a.O. S.76.

die von Wimmer genannte "sofortige Erkennbarkeit" und "Zweifellosigkeit" etwas Unbestimmtes sein soll, obwohl das Verständnis der Wimmerschen Merkmale die Auslegung doch in die entgegengesetzte Richtung weist, dafür gibt Jagusch keine Begründung. Er äußert sich statt dessen nur zu einer weiteren Frage, nämlich zum Umfang dieses Entscheidungsspielraumes, der sich seines Erachtens nach dem jeweiligen Arbeitsanfall am Bundesgerichtshof zu richten habe.

Ohne zu wissen, ob es sich bei der Offensichtlichkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit "Spielraum" handelt, erklärt Jagusch also das "offensichtlich" für unbestimmt und dehnbar. Nachdem er sich solchermaßen selbst das Recht zuerkannt hat, den Inhalt dieser unbestimmten Offensichtlichkeit nur vom Entlastungszweck her auszufüllen, macht er den Begriff durch diese Koppelung an das Entlastungsbedürfnis zu einem v o r bestimmten (und damit eigentlich bestimmten!) Begriff, wiederum, ohne die Frage nach der Zulässigkeit solcher Koppelung auch nur aufgeworfen zu haben.

Diese "gleitende", weil vom jeweiligen Arbeitsanfall am Revisionsgericht abhängige Auslegung des Offensichtlichkeitsbegriffes für richtig zu befinden, wäre aber nicht nur "wenig rechtsstaatlich"¹⁾, sondern würde auch die Rechtssicherheit ernstlich gefährden; denn da der Angeklagte nicht ahnen kann, wann der Bundesgerichtshof der Entlastung bedarf und wann nicht, würde ihm bei der Revisionseinlegung ein beträchtliches Maß an Ungewißheit für einen Umstand aufgebürdet, den er nicht zu vertreten hat.

Im übrigen geht diese Auslegung auch über den Wortlaut des § 349 Abs.2 StPO hinaus, wonach sich die Offensichtlichkeit stets auf die Unbegründetheit zu beziehen hat und nicht unmittelbar auf außergerichtliche Zwecke bezogen werden darf; denn wenn auch der Inhalt des Wortes "offensichtlich" noch nicht bestimmt ist, eventuell sogar unbestimmt bleiben wird, ist es doch aus grammatischen Gründen ausgeschlossen, daß das Adverb "offensichtlich", welches dem "unbegründet" begrifflich zugeordnet ist, eine Aussage enthält, welche nicht auf die Unbegründetheit bezogen wäre. Das Umstandswort "offensichtlich"

1) vgl. Sarstedt, Die Revision, S.97.

kann nur eine Beschaffenheit der Unbegründetheit enthalten, die ergänzender, einschränkender oder sonstwie spezifizieren= der Natur ist. Es kann niemals inhaltlich völlig losgelöst n e b e n dem Zuordnungsbegriff "unbegründet" stehen oder gar dessen Inhalt z u w i d e r laufen.¹⁾ Dies wird nicht beach= tet, wenn die Offensichtlichkeit mit dem Entlastungszweck ver= bunden als fluktuierend geschildert wird, derart, daß sie sich inhaltlich entsprechend dem Arbeitsanfall an unbegründeten Re= visionen dem Leistungsvermögen des Bundesgerichtshofs anpaßt.

Außerdem wird Jaguschs Auslegung auch nicht mehr vom Zweck des § 349 Abs.2 StPO gedeckt. Das Revisionsgericht ist von dem vom Rechtsstandpunkt aus überflüssigen Revisionen zu entlasten. Den jeweils wechselnden Ansturm auf das Revisionsgericht aus= zugleichen, ist niemals der Sinn und Zweck des § 349 Abs.2 StPO gewesen.²⁾

Obwohl nach wie vor eine Inhaltsbestimmung der "Offensicht= lichkeit" der Auslegung von Jagusch nicht gegenübergestellt werden kann, läßt sich doch schon mit Sicherheit sagen, daß sich der Inhalt keinesfalls unmittelbar nach der Entlastungs= bedürftigkeit des Bundesgerichtshofs richten darf und daß auf diesem Wege die Lösung der Frage, ob sich aus dem Entlastungs= zweck positive Richtlinien für die unterschiedliche Behandlung der offensichtlich unbegründeten Revisionen ergeben, nicht ge= funden werden kann.

Schließlich bleiben auch die Richtlinien, die Jagusch im Anschluß an diese Ausführungen für die Begrenzung des "Ausle= gungsspielraumes" der Offensichtlichkeit des Begründungsmangels gibt, unklar und nicht ohne Widersprüche.

So soll einerseits die Grenze der Offensichtlichkeit dort verlaufen, wo die Unbegründetheit dem beschließenden Senat

- 1) Textilien können z.B. schnell oder langsam, heiß oder kalt getrocknet sein, niemals aber grün getrocknet oder gar naß getrocknet.
- 2) Gegen dieses Mißverständnis wendet sich schon Wimmer in NJW 1950, S.201, 2.Spalte: § 349 Abs.2 dürfe nicht als "Regula= tiv für die Geschäftslage des betreffenden Strafsenats an= gesehen werden", eine derart "gleitende Handhabung" sei "unzulässig, weil sie dem Erfordernis sicherer Rechtsan= wendung widerstreitet". Auch Seibert in DRZ 1948, S.371 rügt, daß aus Entlastungsgründen das Erfordernis, daß die Revision offensichtlich unbegründet sein müsse, nicht immer beachtet werde.

"s o f o r t aufgeht"¹⁾, andererseits ist sie aber auch da noch vorhanden, wo das Gericht "den Stand der Rechtsprechung nicht gegenwärtig hat", nach "Unterrichtung aber nicht zweifelhaft findet", worüber es sich erst "informieren mußte"¹⁾. - Wenn das Gericht sich aber erst über den Stand der Rechtsprechung vergewissern muß, so ist ihm die Begründetheit zwar sofort höchst zweifelhaft erschienen, aber es hat sie nicht sofort als nicht vorliegend erachtet. Jagusch rückt damit also das zeitliche Moment der sofortigen Erkennbarkeit, das er ursprünglich als Begrenzungsmerkmal einführen wollte, wieder in den Hintergrund.

Sodann verlagert er die Grenze des Offensichtlichen von der sofortigen Erkennbarkeit noch weiter fort: "Erst wo das Für und Wider näherer Erwägung bedarf und wo Zweifel geklärt werden müssen, ist Offensichtlichkeit nicht vorhanden." Der Zeitfaktor wird schließlich völlig ausgeschaltet, wenn Jagusch erklärt: "(Es) muß die Unbegründetheit unabhängig vom Umfang der Sache ... vielmehr nach sorgfältiger Überlegung" dem Senat als offensichtlich erscheinen. Hier könne es nicht darauf ankommen, ob der Beschluß nun die Antwort auf eine "mühevoll" und "sorgfältig begründete Revisionschrift" sei oder nicht; denn diese Begriffe seien "subjektiv" und könnten nur "relativ am jeweiligen Können gemessen werden".²⁾

"Übrig bleiben dann nur die Revisionen in 'schwierigen Sachen'"³⁾, die aber nur dann nicht durch Beschluß verworfen werden dürfen, "wenn die Rechtsfragen auch noch in der Revisionsinstanz schwierig und umstritten sind." - Damit hat Jagusch das Offensichtliche des Begründungsmangels festzustellen voraussetzungslos in die Hände des Revisionsgerichts gelegt. Im voraus kann nicht ohne weiteres gesagt werden, wann das Gericht einen Rechtsfall als "schwierig" ansehen oder wann eine Rechtsfrage "umstritten" sein wird. Daher verbleiben Jaguschs Umschreibungen der Offensichtlichkeit ebenso im Subjektiven wie die Angriffe der Rechtsanwaltschaft⁴⁾, es verwerfe

1) Jagusch, a.a.O. S.76.

2) Jagusch, ebda.

3) Jagusch, ebda.

4) v.Stackelberg, AnwBl. 1959, S.203; Siegert in NJW 1959, S. 2152.

"mühevoll und sorgfältig begründete Revisionen" - ein Angriff, den Jagusch seinerzeit zu Recht als "höchst subjektiv" nicht als Beanstandung gegen die Tätigkeit des Revisionsgerichts gelten ließ.

Jagusch sieht zwar die Gefahren, die sich für die Rechtssicherheit und Gerechtigkeit aus dieser unbegrenzten Entscheidungsfreiheit des Revisionsgerichts ergeben, doch er beschränkt sich auf die Bemerkung: "Trifft es allerdings zu, daß Revisionen in 'schwierigen Sachen' wirklich durch Beschluß verworfen worden sind, so könnte ein Mißbrauch vorliegen, den die Revisionsgerichte im Interesse der Sache abzustellen hätten."¹⁾

Da es hier um die Inhaltsbestimmung, d.h. um das begriffliche Erfassen des "Offensichtlichen" des Begründungsmangels, geht, das darzustellen Jagusch sich mit seiner Annahme eines "Auslegungsspielraums" des Offensichtlichkeitsbegriffes unterfangen hat, sind die von ihm angeführten, rein subjektiven Erkenntnisse der Richterschaft als generelles Merkmal der offensichtlichen Unbegründetheit nicht akzeptabel.

Es muß vielmehr weiter versucht werden, das Offensichtliche der Unbegründetheit objektiv zu erfassen, um die von Jagusch geschilderten Mißstände bereits durch eine feste begriffliche Schranke des "Offensichtlichen" zu verhüten.

Es würde nicht zu neuen Erkenntnissen über die "Offensichtlichkeit" führen, wenn an dieser Stelle über Jaguschs Auslegung hinaus auf die hinter den speziellen Entlastungszweck des § 349 StPO stehenden Zwecke der Revision, für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zu sorgen, zurückgegriffen würde. Zwar tragen diese Zwecke das ganze Revisionsverfahren und damit auch § 349 StPO. Doch geben sie nichts für die Frage nach der "Offensichtlichkeit" des Unbegründeten her.

Interpretation vom Ergebnis her: Die Wortzusammensetzung "offensichtlich unbegründet" als unbestimmter Rechtsbegriff (darstellt an Penners Interpretation)

Das Verständnis der Gesetze erschöpft sich nicht in der Auslegung der Normen, es besteht nicht nur aus dem Weiter- und

1) Jagusch, a.a.O. S.76.

Zu-Ende-Denken der Gedanken des Gesetzgebers. Moderner Ansicht nach trägt vielmehr auch die schöpferische Tätigkeit des Richters zur inhaltlichen Entfaltung des Rechts bei; denn der Richter ist nicht mehr nur der Mund des Gesetzes, wie Montesquieu ihn nannte, sondern er ist aufgerufen, das Gesetz selbständig zu werten, wenn auch im Rahmen der an Art.20 Abs.3 GG normierten Bindung an Gesetz und Recht.¹⁾ - Dem dergestalt mündigen Richter gibt das Gesetz in seiner Ausdrucksweise Begriffe zur Hand, die ihm verschiedene Arten begrenzter Entscheidungsfreiheit einräumen, z.B. Ermessensbegriff, normaltive Begriffe, Generalklauseln etc.

Hierher sind auch die unbestimmten Rechtsbegriffe zu rechnen. Unter einem unbestimmten Begriff versteht man dabei einen Begriff, der in Bezug auf seinen Inhalt und seinen Umfang weitgehend ungewiß ist.²⁾

Die Wortzusammensetzung "offensichtlich unbegründet" in § 349 Abs.2 StPO ist in diesem Sinne von Penner als unbestimmter Rechtsbegriff verstanden worden. Penner setzt sich in seiner Dissertation über "Reichweite und Grenzen des § 349 Abs.2 StPO" mit der Inhaltsbestimmung des Begriffes kurz auseinander.³⁾

1) vgl. Engisch, Einführung S.107.

2) vgl. Engisch, ebda.

3) Die Untersuchung ist nicht auf das Verfahren beim BGH beschränkt und befaßt sich vor allem mit der praktischen Auswirkung der Bestimmung für den Angeklagten, insbesondere mit Rechtskraftfragen. Referent ist Schneidewin, Generalstaatsanwalt a.D.. Die Arbeit ist eine Ergänzung zu den Studien von Bode, Die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst (in: Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 12, Berlin 1958); Breßler, Strafzumessung und Anrechnung der U-haft, insbes. ihre Behandlung in der Revisionsinstanz, Diss. Mainz 1955; Dieckersbach, Berechtigten prozessuale Tatsachen zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach § 359 Nr.5 StPO? Beitrag zur Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen, Diss. Köln 1960; Hürter, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Strafprozeß, Diss. Köln 1929; Kalthoener, Probleme aus dem strafprozessualen Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in: Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 9, Berlin 1957; Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht (ungedruckte Kölner Habilitationsschrift) 1960. Der Verfasser, der die theoretischen Grundlagen des § 349 Abs.2 nur auf S.21 abhandelt, hält die Diskussion hierüber

Bei seiner Interpretation kommt Penner zunächst zu dem Ergebnis, eine wörtliche Auslegung des Begriffes "offensichtlich unbegründet" sei nicht ergiebig, denn "offen zu sehen" sei die Unbegründetheit nur dann, wenn es an einer Begründung überhaupt fehle. Dies könne aber vom Gesetzgeber mit der Bezeichnung "offensichtlich unbegründet" nicht gemeint sein; denn Revisionen ohne Begründung seien bereits nach § 349 Abs. 1 StPO unzulässig.¹⁾ - Sodann setzt Penner sich mit den Lösungsvorschlägen von Wimmer auseinander, die er als unzureichend ablehnt. "Richterweise" müsse die Zusammensetzung "offensichtlich unbegründet" als unbestimmter Rechtsbegriff verstanden werden, der nur begrenzt ausgelotet werden könne.²⁾ Der Richter müsse diesen Begriff rechtsschöpferisch ergänzen, ohne daß sich dafür bis ins einzelne gehende sachliche Kriterien finden ließen.²⁾

Im Anschluß an diese Ausführungen fährt Penner fort: "Recht eindeutig" sei der Begriff "unbegründet". Er kennzeichne solche Revisionen, deren Angriffe den Bestand des Urteils nicht erschüttern könnten. Diesen Kreis schränke das Adverb "offensichtlich" ein; denn nicht alle unbegründeten Revisionen seien es "offensichtlich". Umgekehrt sei aber jede offensichtlich unbegründete Revision zugleich unbegründet. Daraus folge, daß jede unbegründete Revision es auch offensichtlich sein könne, gleichviel, ob es sich um eine Verfahrensrüge oder eine materiellrechtliche Rüge handele. Offensichtlich unbegründete Revisionen bildeten also nicht eine selbständige Kategorie neben den unbegründeten Revisionen,

mehr für einen "Streit, der berufsständische Züge" trägt. So Penner, S.1 und 2. - Sarstedt verwahrt sich ausdrücklich gegen diese Ansicht Penners. Die Anwaltschaft habe "eingesehen, daß die Beschlußverwerfung nicht abgeschafft werden kann". Vgl. Die Revision, S.272, 273. Derselben Meinung ist auch Dahs, zuletzt in NJW 1965, S.85 a.E.; früher schon in AnwBl. 1959, S. 170f. und in NJW 1959, S.1158.

1) Penner, a.a.O. S.21 Mitte.

2) Penner, a.a.O. S.21 Mitte. "... das hilft uns anscheinend nicht weiter. Denn jeder im Rahmen des Rechts verwandte Begriff wird ein Rechtsbegriff und von diesem ist fast jeder zu einem Teil unbestimmt. Beim unbestimmten Rechtsbegriff ist aber ein verhältnismäßig weites Feld in seinem Bedeutungsumfang ungewiß, so daß der Richter, der damit zu arbeiten hat, in jedem Einzelfall rechtsschöpferisch tätig werden muß, ohne daß sich bis ins Einzelne gehende sachliche Kriterien zur Interpretation eines solchen Begriffes finden lassen."

sondern es seien solche Revisionen, deren Unbegründetheit in irgendeiner Weise hervorsteche.¹⁾

Ob eine Revision nun "offensichtlich" unbegründet sei, bestimme sich allein danach, ob "nach der Überzeugung des Revisionsgerichts alle sich aus der Revision ergebenden Fragen in einem Beschlußverfahren beantwortet werden könnten, ohne die Rechtsposition des Revisionsführers zu beeinträchtigen. Der Begriff "offensichtlich" verlautbare nur die richterliche Überzeugung, daß eine Hauptverhandlung mit allen ihren Kontrollmöglichkeiten durch die Öffentlichkeit und den Sicherungen für die Verfahrensbeteiligten entbehrlich sei.¹⁾

Statt die Frage zu beantworten, in welchen Fällen und warum die "Offensichtlichkeit" dem Revisionsgericht das Recht gibt, dem Beschwerdeführer Hauptverhandlung und Urteilsbegründung zu streichen, arbeitet Penner mit der Feststellung, das Gericht halte dies im wohlverstandenen Interesse des Beschwerdeführers für "entbehrlich". Im Ergebnis macht er damit die Aussichtslosigkeit des Verfahrens zum Inhalt der Offensichtlichkeit. Daß diese Erläuterung nicht weiterführen kann, wurde schon oben nachgewiesen. Wenn allein die Aussichtslosigkeit des Verfahrens der Inhalt der Offensichtlichkeit wäre, so würde das Revisionsgericht durch § 349 Abs.2 StPO befugt sein, bei allen Revisionen, die es einstimmig für unbegründet hält, das Recht des Angeklagten auf ein ordentliches Revisionsverfahren beliebig zu verweigern. Das ist nicht zutreffend. Es kommt dem ans Verfahrensrecht gebundenen Gericht kein so umfassendes Recht zum Urteil über den Wert oder Unwert seines eigenen Verfahrens zu. Ein solches Recht hätte ihm jedenfalls der Gesetzgeber ausdrücklich zubilligen müssen. Dieser hat aber in § 349 Abs.2 StPO die Entbehrlichkeit des Verfahrens gerade an die "Offensichtlichkeit" der Unbegründetheit als Tatbestandsmerkmal geknüpft. Darum kann von der Rechtsfolge, d.h. der "Entbehrlichkeit" erst dann die Rede sein, wenn deren Voraussetzung, nämlich die Offensichtlichkeit des Begründungsmangels, inhaltlich bestimmt und im Einzelfall als vorliegend erachtet worden ist.

Obwohl Penner selbst auf eine Begründung dafür verzichtet, warum er die offensichtliche Unbegründetheit als unbestimmten

1) Penner, a.a.O. S.21 und 22 oben.

Rechtsbegriff ansieht, soll im folgenden einmal davon ausgegangen werden, daß eine ordnungsgemäße Auslegung des § 349 Abs.2 StPO zu dem Ergebnis geführt hat, daß es sich bei dem Merkmal "offensichtlich unbegründet" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Was läßt sich dieser Feststellung dann entnehmen?

Penner legt die bekannte Unterscheidung Jeschs zugrunde¹⁾, wonach sich bei den unbestimmten Rechtsbegriffen um einen eindeutig bestimmmbaren Begriffskern ein weiterer oder engerer Spielraum, der sogenannte Begriffshof, schließt, in welchem der Begriff mehrere Deutungen zuläßt. In diesem Bereich hat der Richter im Rahmen seiner vom Gesetz zugestandenen Bewegungsfreiheit²⁾ die einzig richtige Entscheidung zu finden.

Die Unbegründetheit bildet für Penner den Sammelbegriff. Er definiert sie als Eigenschaft "solcher Revisionen, deren Angriffe den Bestand des Urteils nicht erschüttern können". Zu dieser Definition ist zunächst zu sagen, daß sie unvollständig ist; Penner geht davon aus, daß die Unbegründetheit allein vom Angriff des Beschwerdeführers abhängig sei.³⁾ Es ist aber nicht nur der Inhalt der Revisionsschrift des Beschwerdeführers für die Unbegründetheit einer Revision maßgebend. Die Feststellung der Unbegründetheit bezieht vielmehr gleichfalls die Rechtserwägungen ein, zu denen das Revisionsgericht - meist auf den ebenfalls erörterten Antrag der Bundesanwaltschaft⁴⁾ - auf Grund seiner rechtlichen Prüfung gekommen ist.⁵⁾ Zwar hat die Entscheidung nach § 349 Abs.2 StPO in jedem Falle zur Folge, daß es die Revision des Beschwerdeführers ist, die als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen wird. Das vorangehende "Erachten" der Unbegründetheit bezieht aber hier die Rechtsansicht aller am Verfahren beteiligten Personen ein. Das "offensichtlich unbegründet" enthält die das Verfahren beendende Ent-

1) Jesch, AÖR Bd.82, S.163ff, auf den Penner sich ausdrücklich bezieht, vgl. Penner, a.a.O. S.21.

2) so schon Rüdiger Klein, AÖR Bd.82, S.75ff, insbes. S.97.

3) Penner, a.a.O. S.21 Mitte.

4) vgl. die Beschreibung des Beschlußverfahrens bei Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.272ff.

5) vgl. hierzu auch die oben zur Definition der Unbegründetheit gemachten Ausführungen, S.61ff.

scheidung hierüber. Dies wird auch von Penner in anderem Zusammenhang erkannt, wo er den ganzen Gang des Prüfungsverfahrens nach § 349 Abs.2 StPO genau schildert und den Entscheid als "urteilsersetzenden Beschluß" bezeichnet.

Wenn Penner der "relativ eindeutigen" Unbegründetheit die offensichtliche Unbegründetheit sodann mit den Worten gegenüberstellt, "diesen Kreis (der unbegründeten Revisionen) schränkt das Adverb 'offensichtlich' ein; denn nicht alle unbegründeten Revisionen sind es offensichtlich. Umgekehrt ist aber jede offensichtlich unbegründete Revision zugleich unbegründet"¹⁾, sieht er also die offensichtlich unbegründeten Revisionen als eine Art Begriffskern aller unbegründeten Revisionen an. Indem Penner weiter aus dieser Feststellung den Schluß zieht, daß jede unbegründete Revision es auch offensichtlich sein könne, daß die offensichtlich unbegründeten Revisionen "keine selbständige Kategorie" neben den unbegründeten bilden, daß sie nur auf "irgendeine Weise hervorstechen", ohne jemals von den unbegründeten abgrenzbar zu sein, so, daß Penner nicht einmal andeutungsweise sagen kann, wo die Grenze zwischen der "relativ eindeutigen Unbegründetheit" und der offensichtlichen Unbegründetheit verlaufen soll, bleibt die Grenze zwischen seinem "Begriffskern", der offensichtlichen Unbegründetheit, und dem "Begriffshof", der generellen Unbegründetheit, so unklar, daß nicht ausgeschlossen werden kann, daß sich Begriffskern und Begriffshof eventuell überhaupt decken. Wenn Penner wenigstens eine negative Aussage hätte machen können, dergestalt, daß er beschrieben hätte, wie die unbegründete Revision beschaffen sein soll, die nicht offensichtlich unbegründet ist, wäre man der Bestimmbarkeit des "offensichtlich unbegründet" wenigstens durch Umkehrung einen Schritt näher gekommen. Diese negative Bestimmung hätte unter Umständen nicht einmal abstrakt gefaßt sein müssen. Eine enumerative Anführung von Fällen, in denen die Revision keinesfalls als offensichtlich unbegründet angesehen werden darf, hätte genügt; denn dann wäre jedenfalls die Kongruenz beider Kreise ausgeschlossen.

Durchleuchtet man aber Penners Darstellung noch etwas genauer, so sieht man, daß sie bereits im Ansatz nicht zutreffend sein kann.

1) Penner, a.a.O. S.21.

Wenn die offensichtliche Unbegründetheit, wie Penner annimmt, ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, so muß sie innerhalb ihrer eigenen Grenzen einen Begriffskern und einen Begriffshof aufweisen. Es muß Fälle geben, in denen die Offensichtlichkeit des Begründungsmangels eindeutig vorliegt, und es muß Fälle geben, in denen Zweifel über ihr Vorhandensein denkbar sind.

Penner aber, indem er den "Kreis der unbegründeten Revisionen durch die offensichtlich unbegründeten Revisionen einschränkt", macht damit in Wirklichkeit den Begriff der Unbegründetheit zum unbestimmten Rechtsbegriff: Er teilt ihn ein in einen Begriffskern, der eindeutig ist und die Sonderfälle der offensichtlichen Unbegründetheit zum Inhalt haben soll, und schafft einen Begriffshof, der mehrdeutig ist und in dessen Bereich die Fälle der generellen Unbegründetheit liegen sollen. Eine solche Relativierung der Unbegründetheit ist aber begrifflich ausgeschlossen. Sie steht auch der Vorschrift des § 349 Abs.2 StPO selbst entgegen, die - wie Penner an anderer Stelle auch hervorhebt¹⁾ - vorschreibt, daß die Unbegründetheit zunächst für sich einstimmig vom Senat als vorliegend erachtet sein muß, ehe der Senat in die weitere Prüfung eintreten darf, ob diese Unbegründetheit das zusätzliche Merkmal der Offensichtlichkeit aufweist.

Penner benutzt demnach die Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff und die Verschwommenheit der Grenze zwischen Begriffskern und Begriffshof dazu, sich durch Ansiedlung der offensichtlichen Unbegründetheit in diesem Schema die Erklärung des Offensichtlichen eines Begründungsmangels zu sparen. Es wird nicht einmal in Umrissen deutlich, was er unter der Offensichtlichkeit eines Begründungsmangels versteht und darüber, wo der Begriffskern und der Begriffshof des Offensichtlichen, also klare Fälle der Offensichtlichkeit und weniger deutliche Fälle der Offensichtlichkeit vorliegen können, sagt er gleichfalls nichts aus.

Weil Penner sich begrifflich über die offensichtliche Unbegründetheit nicht im klaren ist, kommt er auch in der Schluß-

1) Penner, a.a.O. S.21 und 22.

bemerkung seiner Untersuchung zu einem widerspruchsvollen Ergebnis: Einerseits nennt er die schnellere Erledigung unergiebigere Revisionen durch § 349 Abs.2 StPO einen "Segen", andererseits zieht er "die hohe Anzahl" dafür als "Beweis" heran, "wie gern die Revisionsgerichte von der Bestimmung Gebrauch machen".¹⁾ Das "stimme zu Bedenken". "Der Bundesgerichtshof", rügt Penner weiter, ließe sich "zu sehr von dem Gesichtspunkt der Vereinfachung leiten".²⁾ Sodann heißt es wörtlich: "Es ist noch nicht genügend bedacht worden, daß eine Hauptverhandlung mit sorgfältig begründeten Vorträgen vielleicht doch noch Dinge zu Tage fördern konnte, die dem 'offensichtlich unbegründet' entgegenstand (!) und sogar eine gegenteilige Entscheidung herbeiführen konnte (!). Die kühlen und nicht mit Gründen versehenen Verwerfungsbeschlüsse sind gar zu häufig für die Betroffenen unerwartete und bittere Enttäuschungen."³⁾ - Die Enttäuschung der Beschwerdeführer muß, wenn sie aus einer zu Recht ergangenen Entscheidung hervorgeht, hingenommen werden. Wenn es aber zutrifft, daß die Hauptverhandlung in den Fällen, in denen von § 349 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht wurde, noch ein anderes Entscheidungsergebnis hätte erbringen können, wird die Vorschrift mißbraucht, um nicht "offensichtlich" unbegründete oder gar begründete Revisionen abzuweisen.

Diesen Sinn kann jedoch das Adverb "offensichtlich" in Ver-

1) vgl. Penner, a.a.O. S.66 Schlußbemerkung.

2) vgl. Penner, ebda.

3) Der Segen, der zu häufig kommt, erscheint Penner außerdem reformbedürftig. Darum führt er anschließend unter Bezugnahme auf die inzwischen durch die Kleine Strafprozeßreform zum Gesetz gewordene Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaft aus: "Eine Reform dieses Zustandes wäre dringend erwünscht. Die vorgeschlagene Neufassung ... weist hierzu einen gangbaren, wenn auch zu einigen Bedenken Anlaß gebenden Weg." So Penner, a.a.O., Schlußbemerkung. Worin eine wirksame Reform bestehen soll, wird nicht näher ausgeführt. Die Strafprozeßnovelle bringt nach Ansicht von Penner zwar eine Verstärkung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ist aber nur "ein kleiner, keineswegs unbedenklicher Fortschritt in dieser Richtung". Sarstedt, a.a.O. S.272, hält Penners Auffassung über die Verbesserung der staatsanwaltschaftlichen Position für zu "theoretisch". Die Mitteilungspflicht ist seiner Ansicht nach vielmehr "eine wunderliche Neuerung", die "zweifellos" nicht als Verbesserung des Verfahrens angesehen werden kann" (insbes. S.274, 275).

Bindung mit dem Wort "unbegründet" nicht haben. Das wurde bereits ausgeführt. Es ist also mit der Anwendung der Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff nicht gelungen zu erläutern, was das "Offensichtliche" des Begründungsmangels in § 349 Abs.2 StPO bedeutet.

Es ist nicht ermutigend, auf der Suche nach dem Begriffs=inhalt zu dem Resultat zu gelangen, daß bereits der Begriff der Offensichtlichkeit nicht ohne weiteres der Erkenntnis zugänglich ist.

Doch ehe man nicht den Begriff des Offensichtlichen wenigstens im allgemeinen und außerjuristischen Sinne fassen kann, läßt sich auch der Rechtsbegriff des Offensichtlichen nicht erklären. Solange der Rechtsbegriff fehlt, ist weiter die Subsumtion nicht möglich. Eine Gesetzesanwendung außerhalb des üblichen Subsumtionsverfahrens aber erscheint gleichfalls grundsätzlich undenkbar. Es stellt sich weiter sofort die Frage, ob in einem Staat, in dem die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist (Art.20 Abs.3 GG), Normen in Geltung sein dürfen, deren "Rechtsbegriffe" begrifflich nicht faßbar sind.

Hinzu kommt, daß im Falle des § 349 Abs.2 StPO die Offensichtlichkeit des Begründungsmangels die einzige gesetzliche Voraussetzung und mithin der gesamte gesetzliche Tatbestand ist, an den der Gesetzgeber die Rechtsfolge der revisionsrichterlichen Verwerfungsbefugnis im Beschlußverfahren geknüpft hat. Gelingt es also nicht, das "Offensichtliche" des Begründungsmangels begrifflich zu erfassen, so bleibt nicht etwa nur ein einzelnes Merkmal des Tatbestandes, sondern der ganze Tatbestand im Ungewissen.

Wörtliche Interpretation auf erweiterter erkenntnistheoretischer Grundlage

Das Offensichtliche ist das, was "offen zu sehen" ist; es läßt sich weiter umschreiben als das "Offenbare" oder das "Augenscheinliche" und ist als solches der allgemeinen Philosophie unter dem Begriff der Evidenz längst bekannt.

Obwohl das Evidente auch im Bereich des Rechts, z.B. in der

Evidenztheorie bei der Nichtigkeit von Verwaltungsakten oder auch vom Gesetzgeber im Verfahrensrecht und materiellen Recht¹⁾ als Begriff Verwendung findet, wurde der Rechtsbegriff der Evidenz von der Rechtsphilosophie bisher nicht behandelt.²⁾ Auf diese Lücke in der rechtsphilosophischen Literatur und Methodenlehre hat in letzter Zeit Achterberg³⁾ hingewiesen. Seine zusammenfassende Darstellung wird der folgenden Untersuchung zugrundegelegt.

Der vorjuristische Evidenzbegriff

Ausgangspunkt des juristischen Evidenzbegriffes hat der in der Philosophie vorgegebene Begriff des Offensichtlichen schon deshalb zu sein, weil die juristische Begriffssprache - ungeachtet ihrer späteren Selbständigkeit - zunächst einmal aus den vorgegebenen Begriffen entwickelt wird; denn die juristischen Begriffe werden nicht positivistisch zufällig gesetzt, sondern sie bauen auf den sprachlichen Gegebenheiten anderer Wissensgebiete auf und entwickeln gleichsam das dort Gewordene der vorjuristischen Sprache unter spezielleren, nämlich den juristischen Gegebenheiten, weiter. Das juristisch Gewordene verstehen zu können, setzt also immer voraus, daß man vom zuvor Gegebenen noch weiß.

Evidenz im philosophischen Sinne ist "Augenscheinlichkeit", "höchste im Bewußtsein erlebte und zur Gewißheit führende Einsichtigkeit"⁴⁾ oder, wie Achterberg⁵⁾ es ausdrückt: "Ein Tatbestand ist evident, wenn er unmittelbar einleuchtend so augenscheinlich ist, daß es keiner Schlüsse bedarf, um ihn Gewißheit werden zu lassen." Die Evidenz einer Wahrheit ergibt sich

- 1) z.B. in § 319 BGB zur Bestimmung der Leistung.
- 2) z.B. fehlt der Begriff bei Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, bei Radbruch, Rechtsphilosophie, und Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, desgleichen bei del Vecchio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie.
- 3) Achterberg in DÖV 1963, Heft 9, S.331ff.
- 4) vgl. die Begriffsbestimmungen bei Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe; Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Schmidt-Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, jeweils unter dem Stichwort Evidenz.
- 5) DÖV 1963, S.331ff.

danach nicht stückweise fortschreitend, nicht diskursiv, sondern nur intuitiv. "Sie wird nicht erschlossen, sondern erschaut."¹⁾

Achterberg unterscheidet sodann zwischen dem ontologischen Evidenzbegriff und dem logischen Evidenzbegriff. Im ersten Fall ist die Evidenz auf das Sein, d.h. also auf die Existenz eines Tatbestandes, bezogen, welcher durch sie evident wird. Im zweiten Falle ist es die Richtigkeit einer Behauptung oder eines Urteils, die sich kraft Evidenz ergibt.

Außerdem ist der allgemeine, als Augenscheinlichkeit oder höchste Einsichtigkeit gekennzeichnete Evidenzbegriff mit Achterberg, der sich insoweit auf Nicolai Hartmann bezieht, in die objektive und die subjektive Evidenz zu gliedern, die jedoch nicht als zwei selbständige und gleichrangige Untergruppen der Evidenz verstanden werden dürfen, sondern als zwei Erscheinungsbilder desselben Tatbestandes anzusehen sind, die erst beide zusammen die Evidenz ausmachen.

Die objektive Evidenz - nach Nicolai Hartmann die "Gewißheit, aus der sich die zureichende Gewähr für die Wahrheit einer Einsicht"²⁾ ergibt - ist "absolutes, notwendiges Gewißheitsideal aller Erkenntnis".²⁾ In dieser objektiven Erscheinungsform ist die Evidenz von der Einsicht und Fähigkeit des Beurteilers unabhängig, d.h. sie besteht ohne Rücksicht darauf, ob dieser (z.B. der Richter im Prozeß) das Evidenzerlebnis hat oder nicht.

Ist die Evidenz in sich selbst begründet, ohne daß es der Zurückführung auf eine andere bereits feststehende Tatsache bedarf, so spricht man von unmittelbarer Evidenz. Hierher gehören die Axiome der Mathematik, soweit sie in sich selbst augenscheinlich sind, vor allem aber die Fälle der Denkevidenz, d.h. der Augenscheinlichkeit der obersten logischen Sätze, welche auch in der Rechtsphilosophie Geltung haben, wie die Sätze von der Identität, vom Widerspruch und vom Ausschluß eines Dritten.³⁾

1) Achterberg, a.a.O. unter Berufung auf Eisler und Schmidt-Schischkoff.

2) Nicolai Hartmann, a.a.O. S.503ff.

3) vgl. Máynez, Die höchsten Prinzipien der formalen Rechts= ontologie und der juristischen Logik, in: ARSP 1959, S. 193ff.

Zur unmittelbaren Evidenz gehört auch die sogenannte Wahrnehmungsevidenz, die als Augenscheinlichkeit eines sinnlich wahrnehmbaren Tatbestands zu begreifen ist.¹⁾

Zur mittelbaren Evidenz gehören dagegen nach Hessen²⁾ und Wundt³⁾ die Fälle, in denen ein Tatbestand oder ein Urteil nicht in sich selbst evident ist, sondern erst durch einen Denkkakt evident gemacht werden muß, d.h. die neue evidente Erkenntnis nur durch Ableitung aus einer bereits feststehenden geschöpft werden kann. Dies trifft für die meisten Erkenntnisfälle zu. Die Evidenz im juristischen Sinne ist auch häufig mittelbare Evidenz. So würde beispielsweise jeder Fall, in dem die Revision gegen eine feststehende Rechtsprechung gerichtet ist, zur Feststellung ihrer offensichtlichen Unbegründetheit die Bezugnahme auf die bisherigen Entscheidungen voraussetzen und insoweit also an bereits feststehende Erkenntnis anknüpfen müssen.

Die mittelbare Evidenz fordert einen "Begründungszusammenhang"⁴⁾, d.h., sie muß solange zurückverfolgt werden, bis auf unmittelbare Evidenz, also Denk- oder Wahrnehmungsevidenz gestoßen wird. Hierher gehört etwa das Axiom der Mathematik, das nicht aus sich selbst erhellt: Sind zwei Größen einer dritten gleich, so sind sie auch untereinander gleich. Derselbe Grundsatz führt in der Philosophie aus den unmittelbar evidenten Identitätssätzen $A = B$ und $B = C$ zu der Schlußfolgerung $A = C$. Der Satz $A = C$ (der wiederum in der Mathematik meist mit $a = b = c$ dasselbe meint) ist nur mittelbar evident; er ist nämlich nicht aus sich heraus einleuchtend, sondern er setzt die zwei Evidenzsätze voraus, auf denen er beruht.

Der unterschiedliche Erkenntnisgrund bei den verschiedenen Arten der Evidenz führt zu einer unterschiedlichen Art der Urteilsbildung. Unabhängig von jeder Erfahrung kann man zur Erkenntnis der Evidenz nur im Falle der (unmittelbaren) Denkevidenz gelangen. Doch schon die (unmittelbare) Wahrnehmungsevi-

1) vgl. Brinkmann, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Bd.I, S. 318 und weitere Literaturhinweise bei Achterberg, a.a.O. S.332 Fußn.12.

2) Hessen, Lehrbuch der Philosophie, Bd.1, S.257.

3) Wundt, Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie, S.82ff.

4) So Wundt, a.a.O. S.83.

denz setzt das Offen-Sehen eines sinnlich wahrnehmbaren Tatbestandes, d.h. die Erfahrung von der Existenz dieses Tatbestandes, voraus, und die mittelbare Evidenz setzt die frühere Erfahrung einer bereits feststehenden Erkenntnis voraus. Darum ermöglicht nur die Denkevidenz ein Urteil a priori, die Wahrnehmungsevidenz und die mittelbare Evidenz lassen nur ein Urteil a posteriori zu.

Das andere Erscheinungsbild der Evidenz ist die sogenannte subjektive Evidenz, nach Nicolai Hartmann¹⁾ ist sie die "Überzeugtheit des erkennenden Subjekts von der Gewißheit einer Einsicht, ohne zutreffende Gewähr der Wahrheit".

Die phänomenologische Richtung, insbesondere Husserl²⁾, ist der Ansicht, daß es den Begriff der subjektiven Evidenz nicht geben könne. Die Evidenz sei keine Eigenschaft der Erkenntnis nach ihrer subjektiven Seite, sondern bestimme nur die objektive Seite. Der Erkennende könne niemals sagen, "ihm", d.h. seiner Person, sei ein Tatbestand augenscheinlich; die Aussage der Evidenz könne nur losgelöst vom "Schauenden", nur als Eigenschaft eines Tatbestandes verstanden werden. Eine Evidenz "ohne zutreffende Gewähr der Wahrheit" sei undenkbar. Evidenz bestehe vielmehr nur dann, wenn die objektive, absolute Richtigkeit einer Erkenntnis gewährleistet sei. - Es wird auf diesen Meinungsstreit noch an anderer Stelle einzugehen sein. Hier soll nur festgestellt werden, daß die überwiegende philosophische Lehre³⁾ demgegenüber den Begriff der subjektiven Evidenz anerkennt, und zwar mit der Begründung, daß ein Begriff, der aus der visuellen Wahrnehmung oder dem Denk- bzw. mittelbaren Erlebnis der erkennenden Person abgeleitet wird, schon deshalb, weil er damit von den psychologischen Voraussetzungen, die in der Person des Erkennenden gegeben sind, abhängig ist, niemals objektive und absolute Sicherheit gewährleistet. Sichtbar werde die Wahrheit jener Urteile, die evident sind, nur durch die Person, welche die Evidenz erlebt, d.h., die objektive Evidenz

1) a.a.O. S.503.

2) Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, I.Buch, S.39ff und: Logische Untersuchungen, II.Bd., 2.Teil, S.121ff.

3) so Geyser, Auf dem Kampffelde der Logik, S.227ff.; Nicolai Hartmann, a.a.O. S.503 und Hessen, a.a.O. S.257.

wird nur sichtbar, indem sie durch die Person gewissermaßen durchscheint. Ist auch ein Tatbestand objektiv evident, d.h. nach seiner Natur und der des menschlichen Geistes geeignet, klar als augenscheinlich erkannt zu werden, so kann es doch sein, daß nicht alle Menschen von seiner Evidenz überzeugt sind, oder, wie Achterberg¹⁾ es ausdrückt, der sich an dieser Stelle auf Franz Brentano beruft: Das Kausalgesetz, nach dem unter gleichen Vorbedingungen stets auch gleiche Wirkungen eintreten, kann hier nicht gelten, weil die besonderen psychischen Dispositionen der Erkennenden zu berücksichtigen sind.

Es kann darum neben der objektiven Seite der Evidenz nach Ansicht der herrschenden Lehre nicht auf die subjektive Evidenz verzichtet werden, auf das Evidenz e r l e b n i s, das bewirkt, daß die objektive Evidenz, indem sie durch die Person des Schauenden hindurchscheint, überhaupt sichtbar wird; es muß in Kauf genommen werden, daß dabei das Evidenzerlebnis eine "gewisse Relativität und Subjektivität des Evidenzkriteriums der Wahrheit"²⁾ bewirkt.

Brinkmann³⁾ hält in seiner "Rechtsphilosophie" ebenfalls die subjektive Evidenz, d.h. das Evidenzerlebnis, für eine notwendige Erscheinungsform: "Zum Schauen gehört etwas, das geschaut wird, und etwas, das schaut."

In diesem Sinne sind objektive und subjektive Evidenz nur zwei Seiten derselben Sache, sie sind im Grunde wesensgleich, "koinzident".⁴⁾ Objektiv ist die Evidenz, indem sie etwas voraussetzt, das als augenscheinlich erkannt wird, subjektiv, indem sie der Akt eines Erkennenden ist.

Die Befürworter der subjektiven Evidenz erkennen auch die Möglichkeit einer Evidenztäuschung an. Weil eventuell nicht alle Menschen das Evidenzerlebnis haben, wird die objektive Evidenz durch die subjektive relativiert, und zwar auf zweierlei Weisen: Es kann sowohl ein objektiv evidenter Tatbestand nicht als solcher erkannt werden, wie auch ein in Wahrheit objektiv nicht evidenter Tatbestand für evident gehalten wer=

1) a.a.O. S.333 nach Franz Brentano, Wahrheit und Evidenz, S.61ff., insbes. S:63.

2) Geyser, a.a.O. S.226ff.

3) Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Bd.I, S.315.

4) Nicolai Hartmann, a.a.O. S.504.

den kann. In beiden Fällen muß die Diskrepanz zwischen objektiver und subjektiver Evidenz zum Fehlschluß führen. "Nur wenn objektiv Evidenz besteht und sie auch subjektiv als solche erkannt wird, ist die Erkenntnis mit Sicherheit zutreffend und ein Fehlurteil ausgeschlossen."¹⁾

Der juristische Evidenzbegriff

Für den juristischen Evidenzbegriff, der auf den verschiedensten Rechtsgebieten eine Rolle spielt, sind nach Achterberg zwei Obergruppen maßgebend:

1. Eine Gruppe, in der die Evidenz Mittel der Urteilsfindung ist,
 2. eine Gruppe, in der sie Tatbestandsmerkmal ist.
- Hier spielt zunächst die Evidenz als Mittel der Urteilsfindung eine Rolle.

Ebenso wie der allgemein logische zerfällt auch der rechtslogische Schluß, die Urteilsfindung, in die drei Bestandteile des mittelbaren²⁾ Syllogismus: Obersatz, Untersatz und Schlußfolgerung. In den beiden Prämissen wie auch in der Konklusion kann das Erkenntnismittel der Evidenz verwandt werden, um das Urteil zu gewinnen. Wenn an einen juristischen Obersatz der Untersatz geknüpft und aus beiden der Schlußsatz gefolgert wird, kann einmal der Obersatz nur mit Hilfe des Evidenzerlebnisses zu erfassen sein, desgleichen der Untersatz und schließlich auch die Folgerung.

Entsprechend dem syllogistischen Aufbau im Normalfalle, wo der Obersatz das Gesetz, der Untersatz der Tatbestand des zu entscheidenden Rechtsfalles und die Schlußfolgerung die Falllösung ist, ist die Evidenz im ersten Falle Rechtsgewinnungsmittel, im zweiten Falle dem Beweis ähnliches Erkenntnismittel

1) so Achterberg, a.a.O. S.333.

2) Beim un mittelbaren Syllogismus handelt es sich bekanntlich um einen aus sich selbst heraus verständlichen Umkehrschluß, z.B.: Alle Menschen sind sterblich. Unsterbliche Wesen sind keine Menschen. Jedes Urteilsverfahren setzt dagegen mindestens zwei andere Erkenntnisse (Prämissen) voraus, die zu einer Schlußfolgerung (Konklusion) führen, z.B.: Alle Menschen sind sterblich. Sokrates ist ein Mensch. Schlußfolgerung: Sokrates ist sterblich.

und im dritten Falle das Mittel, um zur Konklusion zu gelangen.

Auf der ersten Stufe kann die Evidenz zur Gewinnung eines juristischen Obersatzes helfen. Sie ist hierinsoweit Bestandteil der juristischen Methodenlehre; und die Feststellung des in diesem Sinne "evidenten" Inhalts eines Rechtssatzes ist die Auslegung, die als solche sowohl der üblichen Rechtssatzauslegung wie der Rechtssatzergänzung begrifflich vorgelagert ist. Bevor man zur Rechtssatzauslegung kraft philologischer, logischer, historischer, systematischer oder sonstiger Interpretation des Obersatzes schreiten kann, muß feststehen, daß eine solche Auslegung nötig ist; sie ist immer dann verfehlt, wenn die Auslegung schon ergibt, daß der Norminhalt bereits "unmittelbar einleuchtend", "augenscheinlich", d.h. eben evident ist. Das bedeutet, wie oben ausgeführt, daß der Tatbestand einer Norm evident ist, wenn es keiner Schlüsse bedarf, um ihn Gewißheit werden zu lassen.

Dasselbe gilt für die Evidenz im Falle der Rechtssatzergänzung, die nach der juristischen Methodenlehre in der Form der Analogie, des *argumentum e contrario*, des *argumentum a maiore ad minus* oder *a minore ad maius* angewendet werden kann. In den Fällen, in denen es keiner weiteren Schlüsse bedarf, um einen Tatbestand Gewißheit werden zu lassen, ist der Tatbestand evident.¹⁾

Demgemäß kommt eine Rechtssatzergänzung durch Schlußfolgerung bei Evidenz nicht mehr in Betracht. Die Rechtsgewinnung kraft Evidenz der Ergänzung geht auch hier der Rechtsgewinnung kraft Schlußfolgerung vor.

Da die Auslegung von Rechtssätzen ihrerseits wieder der Rechtssatzergänzung im Range vorgeht²⁾, ergibt sich das folgende Rangschema für die Rechtsgewinnung juristischer Obersätze:

- I. Rechtsgewinnung durch Rechtssatzauslegung
 1. kraft Evidenz der Auslegung
 2. kraft philologischer und anderer Interpretation
- II. Rechtsgewinnung durch Rechtssatzergänzung
 1. kraft Evidenz der Rechtssatzergänzung
 2. kraft Schlußfolgerung.

1) vgl. ausführlicher Achterberg, a.a.O. S.332 und 333.

2) vgl. Engisch, a.a.O. S.82ff.

Innerhalb dieses Schemas muß nur dann von der einen zur anderen Stufe fortgeschritten werden, wenn die Rechtsgewinnung auf der vorhergehenden Stufe nicht möglich war. Das Ergebnis ist dann entweder

positiv: der gewonnene Rechtssatz¹⁾ oder

negativ: die Unmöglichkeit einer Rechtsgewinnung durch Rechts=satzauslegung oder Rechtssatzergänzung.²⁾

Wie oben schon erwähnt, wird die Evidenz auch dazu herangezogen, um den Untersatz zu finden, die zweite Prämisse. Diese wird aus dem Sachverhalt, der unter den Obersatz zu subsumieren ist, gewonnen.

Um beispielsweise folgern zu können, daß X als Dieb zu bestrafen ist, muß zu dem Obersatz des § 242 StGB der Untersatz gefunden werden. Dieser Untersatz ist gewonnen, wenn die in der Anklageschrift enthaltene Beschuldigung, daß X einen Diebstahl begangen habe, entweder von vornherein offenkundig und dementsprechend nicht mehr beweisbedürftig ist, oder es muß bewiesen werden, daß X den Diebstahl begangen hat, d.h. es muß die ursprünglich nicht evidente Beschuldigung mit den in den Verfahrensgesetzen hierfür vorgesehenen Beweismitteln evident gemacht werden. - Daß die Rangfrage zwischen "Evidenz" und "Evidenzgewinnung durch Beweis" ebenso gelöst wird wie bei den Rechtsgewinnungsmitteln zur Gewinnung des Obersatzes - daß also die Evidenz vorrangig ist - erscheint jetzt nur folgerichtig. - Im Zivilverfahren ist diese Rangfolge auch ausdrücklich vom Gesetz vorgeschrieben, und zwar im § 291 ZPO, welcher lautet: "Tatsachen, die dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises." Im Strafverfahren ist diese Rangfolge nicht ausdrücklich vom Gesetz bestimmt. Es ist aber auch hier vom Reichsgericht und der Lehre stets anerkannt worden³⁾, daß die

1) bei Achterberg, a.a.O. S.333 a.E., wird der Fall der stillschweigenden Bundeszuständigkeit für das Wehrwesen als Beispiel für die Gewinnung eines Rechtssatzes kraft Evidenz herangezogen.

2) vgl. zu diesem Schema im übrigen Achterberg, a.a.O. S.334.

3) vgl. hierzu statt vieler v.Hippel, a.a.O. S.381 und die dort unter Fußn.5 zitierte Literatur.

sogenannten "notorischen" Tatsachen keines weiteren Beweises bedürfen.

Es kann außer dem Obersatz und dem Untersatz im Syllogismus endlich auch der Schlußsatz evident sein: Dann ist die Evidenz Urteilsmittel, weil sie unmittelbar den Schluß, also die Konklusion, die das Urteil im engeren Sinne darstellt, **erhell**t.

Durch die Evidenz des Schlußsatzes wird allerdings die Struktur des mittelbaren Syllogismus zerstört. Eine Schlußfolgerung braucht nicht mehr gezogen zu werden; sie ist ja "evident". Achterberg¹⁾ sagt darum: "Urteile im weiteren Sinne sind die auf die Evidenz des Schlußsatzes gegründeten Entscheidungen ... nicht, da sie in einem nur summarischen, nicht aber in einem streng syllogistischen Schlußverfahren zustandekommen. Sie sind den Urteilen logisch vorgeordnet, denn sie **e r ü b r i g e n** syllogistische Entscheidungen."

Achterberg folgert weiter, daß diese Fälle, in denen das syllogistische, auf die Gewinnung des Schlußsatzes gerichtete Verfahren nicht durchgeführt zu werden braucht, endlich die Fälle sind, für die überall im Prozeßrecht entweder der Vorbescheid oder der verwerfende Beschluß eingeführt wurde. Hierher gehören die Bestimmungen der §§ 24 BVerfGG, 93 BVerfGG, 84 VwGO, des Art. 27 Abs. 2 der Konvention der Menschenrechte und seiner Ansicht nach auch § 349 Abs. 2 StPO.¹⁾

Untersucht man weiter den Inhalt der Evidenz in der Konklusion, lassen sich mit Achterberg für Vorbescheid- und Beschlußverfahren folgende Grundsätze aufstellen:

Hinsichtlich der objektiven²⁾ Evidenz kann es sich um unmittelbare, d.h. Denk- oder Wahrnehmungsevidenz, wie um mittelbare Evidenz handeln. Denkevident ist ein Schlußsatz immer dann, wenn er oberster logischer Satz ist, z.B. der Satz vom Widerspruch. Dies ist ein häufiger Fall von Evidenz, der jedesmal gegeben ist, wenn ein Antrag zurückgewiesen wird, weil er mit seiner Begründung nicht übereinstimmt. Das trifft zu, wenn beispielsweise im Verwaltungsverfahren der Kläger die Nachprüfung

1) Achterberg, a.a.O. S. 336.

2) Das Problem der subjektiven Seite der Evidenz, die Evidenz als Urteilsgewinnungsmittel, wird unten besprochen.

einer Ermessensentscheidung begehrt, einen Ermessensfehler aber nicht behauptet. Ein weiteres Beispiel ist der oben angeführte Fall offensichtlicher Unbegründetheit nach Art.27 Abs.2 der Konvention der Menschenrechte.

Die Anwendung des juristischen Evidenzbegriffs im Rahmen des § 349 Abs.2 StPO

Überträgt man diese Teilung der Evidenz auf das Revisionsverfahren, so wäre der Parallelfall für die Denkevidenz in § 349 Abs.2 StPO gegeben, wenn der Angeklagte eine **b e s t i m m t e** Sachrüge erhebt, aber nur Tatsachen statt rechtlicher Rügen zu ihrer Begründung vorträgt. Hier widersprechen sich Antrag und Begründung. Dieser Widerspruch ist denkevident, er eröffnet daher den unmittelbar auf seine Augenscheinlichkeit gegründeten Schluß: offensichtlich unbegründet.

Die Wahrnehmungsevidenz kann im Rechtsrügeverfahren nur bei Prozeßrügen eine Rolle spielen, wenn z.B. im Revisionsantrag die Nichtbeeidigung eines Zeugen behauptet wird, das Gericht aber den Stempel mit dem Beeidigungsvermerk und den Eintragungen im Protokoll vorfindet.

Der Regelfall des § 349 Abs.2 StPO ist der Fall der mittelbaren Evidenz. Er kann am Beispiel der allgemeinen Sachrüge gut veranschaulicht werden:

Hat der Beschwerdeführer die **a l l g e m e i n e** Sachrüge erhoben, aber gar nicht begründet oder nur mit Tatsachen zu erhärten versucht, beendet das Revisionsgericht das Verfahren nicht nach der Prüfung der Rechtswirksamkeit der vom Beschwerdeführer vorgetragenen Angriffe, sondern es untersucht das Urteil der Vorinstanz unabhängig vom Inhalt der Beschwerdeschrift daraufhin, ob es materielles Recht verletzt oder nicht. Die Untersuchung stellt sich im einzelnen dar wie folgt:

I. Insoweit sich die Begründung der Beschwerdeschrift auf die Anfechtung von Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz stützt, widerspricht sie - ebenso wie die bestimmte Sachrüge - "offen" dem Obersatz der "Rechts"rüge. Hier ist unmittelbar evident, und zwar denkevident, daß die Revision unbegründet ist.

II. Insoweit als die allgemeine Sachrüge nicht durchdringen kann, weil "das Urteil der Vorinstanz einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt", liegt ebenfalls ein offener Widerspruch vor, nur muß er durch mittelbare Evidenz gewonnen werden.

Wenn der Bundesgerichtshof die allgemeine Sachrüge als Obersatz überprüft, stellt er ihr einen Untersatz gegenüber, der seinerseits das Ergebnis einer Subsumtion ist: seine Rechtsvorstellung über die gesamten im Urteil der Vorinstanz behandelten Rechtsfragen. Ergibt sich dabei, daß die Rechtsvorstellung des Bundesgerichtshofs vollkommen mit der Rechtsansicht der Vorinstanz übereinstimmt, kann von "offensichtlicher" Unbegründetheit gesprochen werden. Es muß also schon bei der Gegenüberstellung des Untersatzes ein offensichtlicher Widerspruch zur Sachrüge des Beschwerdeführers auftreten, der das Vollziehen der Konklusion deshalb unnötig macht, weil das Resultat eben schon offensichtlich ist.

Es wäre nun eine Vergröberung des Vorganges und deshalb ungenau anzunehmen, daß bei der Feststellung der offensichtlichen Unbegründetheit mit Hilfe der Evidenz ein Glied in der Kette der logischen Schlußfolgerung übersprungen oder unterschlagen würde. Der Senat leitet auch hier den dritten Satz, die Konklusion, aus den beiden Prämissen her. Es handelt sich nur um eine andere Art der Erkenntnisgewinnung des dritten Satzes.

Während des Denkvorganges der Subsumtion vergegenwärtigt sich der einzelne Richter nochmals den gesamten über diesem einzelnen Revisionsfall stehenden Rechtskomplex und gewinnt aus dem Vergleich dieses Einzelfalles mit der Vielzahl der von ihm schon zu diesen Rechtsfragen gehörten Fälle den Eindruck der Offensichtlichkeit des Unbegründeten. Lediglich unter Hinzuziehung dieser ihrer "Berufserfahrung im Recht" wird den Richtern des Bundesgerichtshofs der Schlußsatz evidente und nicht streng geschlußfolgerte Erkenntnis. Das mag an folgendem Beispiel veranschaulicht werden:

Es ist, um beim Delikt des Diebstahls zu bleiben, nach der ständigen Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof der untaugliche Diebstahlsversuch strafbar, wenn er bei Unkenntnis der Einwilligung des Gewahrsamsinhabers durchgeführt

wurde.¹⁾ Wenn nun bei erwiesener Unkenntnis des Diebes von einer Einwilligung des Gewahrsamsinhabers die Rechtsrüge des Beschwerdeführers sich direkt oder mittelbar durch allgemeine Sachrüge gegen diese Rechtsprechung mit der ausdrücklichen oder konkludenten Rechtsansicht wendet, der Täter habe in Wahrheit nicht rechtswidrig eine fremde Sache aus dem Gewahrsam eines anderen genommen, weil ja dessen Einwilligung vorgelegen habe, so ist nach Hinzuziehung der genannten Rechtsprechung zum untauglichen Versuch und der hier geltenden "Schuldtheorie" evident, daß der Revision stattzugeben in offenem Widerspruch zur bisherigen Rechtsvorstellung stehen würde.

"Rechtsstaatliche" Bedenken gegen die Gewinnung der Feststellung "unbegründet" durch das Urteilmittel der Evidenz sind hier noch nicht ersichtlich. (Sie tauchen erst beim Problem der Evidenztäuschung auf.) Denn es fehlt kein Glied in der Kette der logischen Schlußfolgerung. Der Senat erspart sich nur die Mühe der strengen Schlußfolgerung aus den beiden Prämissen, weil ihm der dritte Satz durch das im Laufe langer Berufserfahrung erworbene Einsichtsvermögen eben "evident" ist. Was aber für die Frage nach der Rechtsstaatlichkeit entscheidend ist: Der Schlußsatz, der dem Senat evident ist, ist da; und damit, daß der Schlußsatz als solcher vollständig ist und sich von einem durch Konklusion gewonnenen Resultat durch nichts unterscheidet, kann die Schlußfolgerung, die den Bundesrichtern kraft Evidenz zugefallen ist, von jeder Person, die aus zwei Prämissen schlußfolgern kann, nachvollzogen werden.

Einen festen Maßstab dafür, wann und unter welchen Voraussetzungen die Richtigkeit eines erstinstanzlichen Urteils offensichtlich ist, gibt es nicht. Es ist nur festzustellen, daß überall dort, wo ein rechtlich gleichliegender Fall bereits entschieden wurde, jedenfalls prinzipiell die "Evidenz" der Erkenntnis einer Unbegründetheit gegeben sein kann, daß allerdings dort, wo trotz bestehender Gesetzeslücke noch keine Rechtsprechung vorhanden ist, grundsätzlich vom Beschlußverfahren abgesehen werden muß. Zwischen diesen beiden, keineswegs eindeutigen Anhaltspunkten bleibt allerdings alles offen; denn auf die Frage, wann sich eine Rechtsprechung so stark verdich-

1) vgl. zuerst RG in JW 1926, S.2752.

tet hat, daß auf sie Bezug genommen werden kann, und damit auf ihre Darlegung im ordentlichen Verfahren verzichtet werden kann, darauf kann nur der Bundesgerichtshof selbst die Antwort geben. Ebenso kann von keinem Außenstehenden im voraus bestimmbar festgelegt werden, wann eine Rechtsprechung zur Erläuterung oder Ergänzung des Rechts notwendig ist.

"Evident" oder "offensichtlich" muß also der Widerspruch zwischen der Rechtsvorstellung, die jedes einzelne der fünf Senatsmitglieder von dem gesamten im Einzelfalle relevanten Rechtskomplex hat, und den gegen das Urteil denkbaren Rechtsangriffen sein, oder umgekehrt ausgedrückt: Evident muß die Deckungsgleichheit zwischen der Rechtsansicht der Vorinstanz und der Rechtsansicht des Bundesgerichtshofs erscheinen, wobei jedes einzelne Senatsmitglied sein eigenes Evidenzerlebnis haben muß. Die Summe dieser einzelnen Evidenzerlebnisse muß im Endergebnis übereinstimmend lauten, um die Verwerfungsbefugnis des § 349 Abs.2 StPO auszulösen.¹⁾

Dabei ist es möglich, daß jeder der fünf Bundesrichter nach der Umschreibung seines subjektiven Evidenzerlebnisses befragt, die Augenscheinlichkeit des Widerspruchs zwischen seiner Rechtsvorstellung und der Rechtsrüge anders erklären würde. Steht beispielsweise bei der Revision eines Mordfalles bereits fest, daß der Täter nach Ansicht aller Senatsmitglieder heimtückisch gehandelt hat und daß seine Revision insoweit verworfen werden muß, so kann von dem einen Richter etwa die in der Vorinstanz festgestellte besonders niederträchtige Ausnutzung eines dem Mörder entgegengebrachten Vertrauens als "offensichtlich" der Heimtückerechtsprechung gemäß empfunden werden, einem anderen Richter mag die im Verhalten des Mörders zutage getretene Verschlagenheit das Augenscheinliche der Heimtücke kennzeichnen, während ein Dritter das Abpassen eines bestimmten Augenblicks zur Handlung als für die Offensichtlichkeit des Begründungsmangels einer gegen die Rechtsprechung zum Heimtücke=

1) Die Einstimmigkeit hat dabei nichts mit der Offensichtlichkeit zu tun. Es genügt prinzipiell, wenn die gesetzlich vorgesehene Mehrheit eines Kollegialgerichts das Evidenzerlebnis hatte. Im Falle des § 349 Abs.2 StPO ist nur ausnahmsweise vom Gesetz Einstimmigkeit vorgeschrieben.

begriff gerichteten Revision relevant ansieht. - Für das Zustandekommen des Beschlusses nach § 349 Abs.2 StPO ist jedoch die Art der Gewinnung des Offensichtlichkeitsergebnisses unwichtig. Bedeutungsvoll ist allein das Endergebnis, zu dem jeder Richter auf Grund seines Evidenzerlebnisses gelangt ist: Der Begründungsmangel ist offensichtlich.

Ist es schon fast ausgeschlossen, daß jeder Bundesrichter genau dieselbe Rechtsvorstellung von dem höchst differenzierten Heimtücke-begriff hat - wenn der Senat sich auch generell über den Inhalt dieses Begriffes einig ist -, so geht eben die Vorstellung dessen, was dieser Rechtsvorstellung evident zuwiderläuft, bereits so stark in die subjektive Wertvorstellung des einzelnen Richters über, daß dieser auf Grund seiner eigenen Persönlichkeit gehalten ist, mittels seiner eigenen Erlebnisfähigkeit die durch ihn selbst hindurchscheinende Erfahrung der Evidenz weiterzugeben. Er bleibt sich hierbei selbst verhaftet.

Die Beschreibung des Evidenzerlebnisses in § 349 Abs.2 StPO bei Sarstedt (Darstellung der objektiven Seite der Evidenz)

Ein literarischer Beleg für die Erfahrung der Offensichtlichkeit im Verfahren nach § 349 Abs.2 StPO findet sich bisher nur bei Sarstedt, der seine Erfahrung selbst als "ein Erlebnis"¹⁾ bezeichnet und, um die Anwälte durch seine Schilderung zu veranlassen, "rechtsmißbräuchliche"²⁾ Revisionen schon im Anwaltsbüro zurückzuhalten, den Leser an der Gewinnung seines Offensichtlichkeitserlebnisses in allen Einzelheiten teilnehmen läßt.

Sarstedt unterscheidet zunächst drei für jeden sachverständigen Juristen seiner Ansicht nach leicht unterscheidbare Gruppen offensichtlich unbegründeter Revisionen.³⁾

1. Bei der ersten "zeugt die Revisionsbegründung von keinerlei geistiger Arbeit". Meist handelt es sich um eine Sachrüge, "vermehrt um einige nichtssagende Floskeln". Wenn die sachliche

1) Sarstedt, Die Revision, 4.Aufl., S.277.

2) Ders., a.a.O. S.276 oben.

3) Ders., a.a.O. S.276ff.

Nachprüfung hier keinen Fehler des angefochtenen Urteils ergeben hat, kann man es "dem Revisionsgericht nicht verübeln, wenn es sich bei einer so dürftigen Begründungsschrift nichts Neues von einer Verhandlung mit ihrem Verfasser verspricht".

2. Bei der zweiten Gruppe hat der Verfasser das Urteil nicht genau gelesen. "Er vermißt infolgedessen Dinge, die darin stehen, und bekämpft Dinge, die nicht darin stehen ... oder er rügt Verfahrensverstöße, die gar nicht gegeben sind." (Hierher gehören Fälle wie z.B. die oben besprochene Wahrnehmungsevidenz des Begründungsmangels.)

3. Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber vor allem die dritte Gruppe, die nach Sarstedt auf gewöhnlicher Unkenntnis des Rechts in Dingen beruht, über die jedes Elementarbuch, jeder Kurzkommentar ohne weiteres Auskunft geben kann. "In der überwiegenden Mehrzahl dieser Fälle sind es die einfachsten Grundsätze des Revisionsrechts, die verkannt werden." Sarstedt ist der Ansicht, es sei zu viel verlangt, daß die Revisionsgerichte "in mehr als der Hälfte der von ihnen bearbeiteten Sachen fertigen Juristen klarmachen sollen, was eigentlich eine Revision ist." Sarstedt ist also hier noch in dem Gedanken befangen, daß vorwiegend die unzureichenden Rechtskenntnisse der Rechtsanwaltschaft die Ursache für die Belastung des Bundesgerichtshofs sind.

Sodann wendet Sarstedt sich der begrifflichen Auseinandersetzung des Wortes "offensichtlich" zu. Die Interpretation zu versuchen, lehnt er von vornherein mit den Worten ab: "Das sind ... unfruchtbare Erörterungen. Die Offensichtlichkeit ist ein E r l e b n i s ; man hat es oder man hat es nicht. Wem etwas wirklich offensichtlich ist, für den grenzt die Forderung, er solle das begründen, ans Alberne. Wer es nicht hat, dem läßt es sich auch durch noch so ausführliches Rasonnieren meist nicht beibringen."¹⁾

Aus dieser Auflehnung wird ersichtlich, daß Sarstedt instinktiv empfindet, daß die Grenze des rationalen Rechtsdenkens beim Erfassen der Offensichtlichkeit überschritten wird und daß eine Begründung dafür, warum und in welcher Weise der Richter das Evidenzerlebnis hat, sehr schwer mitteilbar ist. Sarstedt weiß,

1) vgl. Sarstedt, a.a.O. S.277.

daß der Richter vielmehr nur das Ergebnis seiner eigenen Schau weitergeben kann: seinen Offensichtlichkeitsindruck.

Zum Vorgang der Gewinnung des Offensichtlichkeitsserlebnisses gibt Sarstedt sodann die aufschlußreiche Auskunft: "Man wird sich damit abfinden müssen, daß dem Spezialisten manches offensichtlich sein wird, was dem Laien oder auch dem nicht spezialisierten Fachmann nur um den Preis einer gewissen Bemühung erkennbar wird."¹⁾ Hierbei stellt Sarstedt nun, ohne daß er sich dessen bewußt wird, die beiden Offensichtlichkeitsbegriffe einander gegenüber, die überall in der Literatur, wo Rechtliches "offensichtlich" sein soll, herausgearbeitet wurden: 1. Den Fall von Offensichtlichkeit, in welchem jeder Laie ohne weiteres von der Augenscheinlichkeit überzeugt sein muß und 2. den Fall von Offensichtlichkeit, in welchem auf Grund langer Berufserfahrungen ein besonders qualifizierter Richter die Augenscheinlichkeit der Unbegründetheit intuitiv erfaßt. Nach Sarstedts Ansicht können beide Arten von Offensichtlichkeit das Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2 StPO auslösen.

Den Begriff einer Offensichtlichkeit, die jedermann, nicht nur dem schauenden Richter, zugänglich ist, schildert Sarstedt mit den folgenden Worten: "Sprichwörtlich für Offensichtlichkeit sind die Sätze, daß eins und eins gleich zwei und daß zwei mal zwei gleich vier ist. Man stelle sich vor, jemand verlange dafür eine Begründung. Wolle man sie geben, so würde sie wohl etwas hilflos geraten; denn man wird unsicher, was man überhaupt noch bei jemandem voraussetzen darf, der eine solche Begründung verlangt."

Sarstedt fährt dann fort darzutun, wieso dem Revisionsrichter der Begründungsmangel vieler Revisionen ebenso selbstverständlich "offensichtlich" erscheinen kann, ohne als Erlebnis jedermann zugänglich zu sein: "Wie ist es nun - um bei dem Beispiel zu bleiben - mit etwas schwierigeren Rechenexempeln, etwa mit dem Satz, daß die Zahlen von 1 bis 100 zusammengezählt 5050 ergeben, oder daß 73 mal 67 gleich 4891 ist? Da wird es schon ein wenig auf die Voraussetzungen ankommen, die einer mitbringt. Wer unser Stellensystem nicht kennt und solche Aufgaben mit römischen Zahlen ausrechnen müßte, für den ist das

1) Sarstedt, a.a.O. S.277.

Ergebnis ganz gewiß nicht offensichtlich; vielleicht wird er überhaupt nicht zum Ziele kommen. Wer dagegen die Summe der Zahlen von 1 bis 100 nach der Gauß'schen Formel

$$\frac{n \cdot (n+1)}{2} = \frac{100 \cdot 101}{2} = 50 \cdot 101 = 5050 \text{ ermittelt, und wer}$$

$83 \cdot 67 = (70+3) \cdot (70-3)$ nach der Formel $(a+b) \cdot (a-b) = a^2 - b^2 = 4900 - 9 = 4891$ setzen kann, für den ist es so einfach und durchsichtig, daß er völlig gewiß sein darf, sich dabei gar nicht verrechnen zu können; er braucht nicht einmal einen Rechenstift dazu und kann das Ergebnis ohne viel Nachdenken aus dem Kopf sagen. Wer die Zahlen von 1 bis 100 untereinander schreiben muß, um sie zu addieren, und wer $73 \cdot 67$ nach der bei uns üblichen Methode (mit vier einzelnen Multiplikationen und insgesamt drei Additionen) rechnet, für den ist das richtige Ergebnis zwar zugänglich, aber doch vielleicht schon nicht mehr offensichtlich. So kann jemand, der seit Jahren nichts als Revisionen bearbeitet, beim Lesen einer Revisionsbegründung vielleicht mühelos sehen:

1. Aufklärungsrüge ohne Angabe eines Beweisthemas unzulässig;
2. Verletzung des § 275 formgerecht gerügt, nichts Neues gegenüber BGH NJW 1951, 970 und BGH MDR 1953, 209 gesagt, unbegründet;
3. Verletzung des § 55 Abs. 2 gerügt, aber ohne Gründe, die sich mit dem Großen Senat (BGHSt. 11, 213) auseinandersetzen, zwecklos;
4. Rüge, daß die Sache nicht mit einer anderen verbunden wurde: Ermessenssache, niemals revisibel;
5. Ausführungen zur Sachrüge umfangreich, aber rein tatsächlich;
6. rechtliche Würdigung des Landgerichts völlig zutreffend." ¹⁾

Mit diesen Ausführungen spricht sich Sarstedt für die Exklusivität des revisionsrichterlichen Evidenzerlebnisses aus. Er verlangt ohne nähere Begründung von der Rechtsgemeinschaft, daß diese das Evidenzerlebnis der Senatsmitglieder ebenso respektiert wie wenn es sich um ein ihr generell zugängliches Evidenzerlebnis handelte. Damit bekennt Sarstedt sich gleich-

1) Sarstedt, a.a.O. S. 278.

zeitig zur unbedingten Notwendigkeit der Verwerfungsbefugnis im dargestellten Sinne.

In einem Punkte erscheinen Sarstedts Ausführungen allerdings ergänzungsbedürftig. Wenn er behauptet, daß, wer die Gauß'sche Formel beherrsche, völlig gewiß sein dürfe, sich gar nicht verrechnen zu können, hält er eine Täuschung bei der Gewinnung der Evidenz für ausgeschlossen. Er stellt sich damit unwissentlich auf den Standpunkt der Philosophen, die behaupten, daß die Evidenz stets nur eine objektive sein könne, d.h. daß es eine subjektive Seite der Evidenz nicht geben könne und daß infolgedessen das als evident Erkannte stets wahr sei.

Ob dies zutrifft, bedarf jedoch einer genaueren Untersuchung; denn es bestehen, wie bei der Darstellung des vorjuristischen Evidenzbegriffes bereits besprochen, erhebliche Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ein Irrtum beim Evidenzergebnis begrifflich ausgeschlossen ist oder nicht.

Die subjektive Seite der Evidenz im Rahmen des § 349 Abs.2 StPO (Das Problem der Evidenztäuschung)

Da die Problematik der Evidenztäuschung in der rechtsphilosophischen Literatur nirgend behandelt wird, weil es dort schon an der Erörterung des Begriffes der Evidenz fehlt, muß zur Gewinnung der juristischen begrifflichen Grundlagen wieder auf die vorjuristische Behandlung des Problems in der allgemeinen Philosophie zurückgegriffen werden.

Es wurde oben schon angedeutet, daß die Möglichkeit der Evidenztäuschung vor allem von der Phänomenologie abgelehnt wird. Husserl¹⁾ sieht die Person des Schauenden weitgehend selbst als Teil des Weltganzen an: Die Welt ist seiner Ansicht nach als universeller Glaubensboden für die Erfahrung vorgegeben, sie ist "ein Boden universalen passiven Seinsglaubens", die nicht erst vom Menschen als daselbst erfaßt werden muß, sondern die ohne einen im Lebenszusammenhang eigens auftretenden Akt der Seinssetzung "die universelle passive Vorgegebenheit aller urteilenden Tätigkeit" ist. Der Mensch macht sich

1) Husserl-Landgrebe, Erfahrung und Urteil, S.22-26.

die Vorbekanntheit des Erfahrungsgegenstandes nur noch bewußt, und, indem er nunmehr prüft, "ob es als das, wie es sich gibt, wie es vorweg vermeint ist, wahrhaft ist und wahrhaft so und so Seiendes ist", urteilt er.

Damit sind für Husserl alle der Logik vorgelagerten Erfahrungen bereits für den Menschen vorgegeben. Die Welt aber, folgert Husserl weiter, ist, weil sie vorgegeben ist, wahr. Darum kann der Mensch insofern, als sein Erfahrungsvermögen Teil dieser Welt ist, stets nur Wahres entdecken.

Will man Husserl folgen, so hat man also die Erkenntnis des Richters, daß die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz mit seiner eigenen Rechtsvorstellung über den Sachverhalt offensichtlich übereinstimmt, als bereits in der Welt vorgegebene und dementsprechend von der Erfahrung nur noch nachzuerlebende **W a h r h e i t** anzusehen. - Dann ist die Evidenz der Unbegündetheit nur objektive Eigenschaft der Beziehung zwischen der in dem Urteil der Vorinstanz niedergelegten Rechtsansicht und der revisionsrichterlichen Rechtsvorstellung über den in der Vorinstanz bindend festgestellten Sachverhalt. Mit anderen Worten: Die Übereinstimmung der revisionsrichterlichen Rechtsvorstellung wäre nach Husserl im vorinstanzlichen Urteil schon latent vorgegeben, und sie wird im Augenblick ihres Bewußtwerdens als **w a h r** erkannt. Dann wäre die Entscheidung nach § 349 Abs.2 StPO also ganz unproblematisch: Das Evidenzerlebnis wäre unfehlbar. Zu Unrecht verworfene Revisionen wären begrifflich ausgeschlossen.

Diese Ansicht läßt sich jedoch so allgemein schon deswegen nicht vertreten, weil Husserls Evidenzbegriff von anderen Philosophen stark angegriffen wird.

In jüngster Zeit hat Brinkmann¹⁾ Husserls Lehre in diesem Punkt als unhaltbar bezeichnet. Er behauptet, daß die unbedingte Koppelung von Evidenz und Wahrheit auf eine Vermischung von Geschautem und Gedachtem zurückzuführen sei. Zu dieser fal-

1) Vgl. Brinkmann, Grundlegung der Rechtsphilosophie, S.317. Zur Wahrheit als Wert und Maßstab vgl. S.21 und 35. Über das Verhältnis von Geschautem und Gedachten S.314, 325ff, S.340.

schen Zuordnung komme es, weil bei Husserl schon das Bewußtsein die Quelle allen Wertes oder Unwertes sei.

Nach Brinkmann stellt dagegen jeder Wert einen Maßstab dar, der mit einer Forderung auftritt und eine bestimmte Beschaffenheit vom Gegenstand verlangt. Ein solcher Wert ist für Brinkmann die Wahrheit. Sie ist Maßstab und als solcher fallen die ihr zugeordneten Gegenstände stets als etwas Bemessenes unter sie. Da aber wertbezogen nach Brinkmann nur Gedanken sein können, kann die Feststellung, etwas sei wahr oder unwahr, niemals von einer Schau oder einer Erkenntnis geäußert werden, sondern nur von einem Gedanken. Die Schau gehört nach Brinkmann einer anderen, wertfreien Ebene an. - Indem Husserl beide Ebenen zusammenfallen lasse, würde schon das Geschaute einfach zum Gedanken, zum Begriff gemacht, über den dann die weitere Aussage wahr oder unwahr abgegeben werden könne.

Wenn im Vorangegangenen dargestellt wurde, daß das Evidente die der Logik vorgeordnete Erkenntnisform ist, daß sich deshalb jede logische Schlußfolgerung auf evidente Sätze, aus denen sie entsprungen ist, zurückverfolgen läßt, ist die Evidenz damit gekennzeichnet als "Geschautes". Würde man die evident erkannte Unbegründetheit als eine wahre bezeichnen, könnte aber dadurch die Wahrheit oder Unwahrheit nicht mit dem Geschauten verbunden werden. Sie verbliebe vielmehr beim Gedachten, das völlig unzutreffend auf etwas ausgedehnt würde, was es als lediglich Begriffliches nicht sein kann. Das Begriffspaar, das dem Evidenzerlebnis des Begründungsmangels zuzuordnen wäre, kann nur meinen "richtig" oder "unrichtig". Das beinhaltet freilich die Möglichkeit, falsch zu "schauen", mithin sich zu täuschen. - Wenn man sich also entschlosse, Brinkmanns Vorstellung zur Erläuterung von § 349 Abs.2 StPO heranzuziehen, könnte man nicht länger am unbedingten Wahrheitsgehalt des Evidenten festhalten.

Vor Brinkmann hat vor allem Nicolai Hartmann die Koinzidenz von Evidenz und Wahrheit abgelehnt, der sich gleichfalls gegen eine seiner Ansicht nach unzulässige Vermischung zweier Ebenen ausspricht. Hartmann wendet sich energisch gegen die Tendenz, die nicht nur bei Husserl, sondern überhaupt bei der Erkenntnistheorie bestehe, in der idealen Apriorität die Möglichkeit

der Evidenztäuschung zu negieren, indem "man entweder das ideale Sein in die Sphäre des Gedankens herabzieht oder diese zu ihm erhebt".¹⁾ Beide Sphären sind nach Hartmann vielmehr stets getrennt zu betrachten. Aus den Seinsphänomenen, die uns direkt gegeben seien, gelte es, den Seinsgehalt herauszuarbeiten. Dazu diene der Erkenntnisakt; er sei "das Erfassen eines An-sichseienden". Durch ihn könne aus der Erscheinung (d.h. "dem Sein, wie es sich zeigt") das Wesen (d.h. "das Sein, wie es an sich ist") erschlossen werden.

Wenn man im folgenden zugrundelegt, daß der Revisionsrichter, während er die Subsumtion des Einzelfalles zur Gewinnung der Unbegründetheit vollzieht, diese nun als offensichtlich erlebt, indem er sie in ein Verhältnis zu s e i n e r Rechtsvorstellung über den gesamten Rechtskomplex setzt, darf dieser letztere Vorgang nach Nicolai Hartmann nur als ein Akt der Erkenntnis verstanden werden. Denn es bedarf hier zum Erkennen der Evidenz der Unbegründetheit eines "Erfassens", eines Hinübergreifens aus dem Sein, wie es sich gibt, aus der Welt der Erscheinung, in das Wesen, das ist das Sein, wie es an sich ist. Der Richter, der als Bewertender des Einzelfalles zugleich das Ergebnis seiner Bewertung mit seiner nur i h m zugänglichen Rechtsvorstellung in Beziehung setzt und den Offensichtlichkeitseindruck gewinnt, "erkennt", d.h. erfaßt a k t i v das Offensichtliche. Er wird nicht etwa passiv von diesem Erlebnis der Offensichtlichkeit des Begründungsmangels betroffen. Dabei kann es auch durchaus sein, daß der Richter, der die Beziehung zur eigenen idealen Rechtsvorstellung nicht richtig herstellt, sich über das Vorliegen des Offensichtlichen im Irrtum befindet.

Dann treffen auch die Angriffe, die Hartmann gegen die Ignorierung des "Idealen Ansich-Seins" richtet, für die Evidenz juristischer Schlußfolgerungen zu. Hartmann trifft dabei das Evidenzproblem an der entscheidenden Stelle, wenn er sagt: "Es schleicht sich immer wieder die Vorstellung ein, als handelte es sich um ein ohnehin gesichertes 'Haben', als wären die idealen Strukturen keine anderen als die des Erkenntnis=

1) Nicolai Hartmann, *Metaphysik*, S.420; vgl. auch Hessen, *Philosophie des 20. Jahrhunderts*, S.174ff.

gebildes, also einer bloß intentionalen Gegenständlichkeit."¹⁾ Hartmann meint weiter, es käme dann darauf hinaus, daß sich die Erkenntnis hier direkt in der Gegenstandssphäre, in der Sphäre des Seins selbst bewegte, und er rügt diese Verzerrung mit den folgenden Worten: "Man subjektiviert damit die ideale Sphäre, pflöpft sie auf Akte - sei es nun des Denkens, der Anschauung oder Vorstellung."²⁾ Die Folge davon sei, daß man die Sphäre des eigenen Gedankens oder Vorstellens (subjektive Seinte der Evidenz) zum idealen Sein (objektive Evidenz) erhebe.

Nun habe man es freilich leicht, von der Idealerkenntnis alles zu beweisen, was man wünsche. Dann fiel natürlich auch die Möglichkeit der Evidenztäuschung weg, und zwar deswegen, weil es sich gar nicht mehr um objektive "Evidenz" handele. An der subjektiven als solcher bestehe die Tauschbarkeit ja niemals. Sie könne vielmehr nur dem echten, idealen Ansichsein gegenüber bestehen.

Als Ursachen für die falsche Erkenntnisbewertung und stillschweigende Annahme der Täuschungsunmöglichkeit sieht Hartmann letzten Endes nichts anderes als jene sonderbare, schwer faßbare Tatsache der "Nahstellung"²⁾ des idealen Seins zur Innenwelt des erkennenden Bewußtseins an, "der Schein seiner Verwandtschaft mit dem Gedanken, der Vorstellung, dem intentionalen Gegenstande".²⁾ Weil man nicht erst ins Reale greifen müsse, weil kein "gegebenen Fall" einen widerlegen könne in dem, was man ideal erschauet, liege der ideale Gegenstand hier "näher". So komme man zu der Auffassung, man sei doch innerlich frei in dem, was man als wahr anerkenne und was nicht. Das Denken (respektive die Vorstellung) glaube hier gleichsam bei sich selbst zu sein und seine eigenen Inhalte anzuschauen; und in diesen könne es doch nicht fehlgreifen!

Das sei aber der fundamentale Irrtum. Das "Denken" sei auch hier nicht bei sich selbst; es ergreife nicht seine Inhalte, sondern Ansichseiendes. Man brauche zwar, um es zu erfassen, nicht ins Reale zu greifen, auf keine "Fälle" zu warten. Man sei aber deswegen noch nicht frei, nicht spontan hervorbringend ohne Bindung und Gehalt.

1) Nicolai Hartmann, *Metaphysik*, S.504.

2) Nicolai Hartmann, *ebda.*

Vielmehr sei man auch hier an ein Sein gebunden, mit dem der Gedanke übereinstimmen müsse, sofern er Erkenntniswert haben soll.

Für Nicolai Hartmann stellt sich das Evidenzproblem also folgendermaßen dar: Die objektive Evidenz gehört der idealen Sphäre an. Sie greift über die ganze Spannweite des Transzendenzverhältnisses hinweg und ist ihrerseits nicht täuschbar. - Anders die Evidenz von ihrer subjektiven Seite: Sie ist gegeben im Evidenzerlebnis, hat dafür aber keine Allgemeingültigkeit. - In der Erkenntnis der Evidenz besteht nun deshalb die Möglichkeit zur Täuschung, weil man sich - obwohl man die objektive Evidenz realiter nicht haben und auch niemals im einzelnen sicher nachweisen kann - dennoch bei dem Akt des Inbetrachtziehens der objektiv im Idealen vorhandenen Offensichtlichkeit bei solcher idealen Erkenntnis täuschen kann.

In welchem Umfange die Möglichkeit solcher Täuschung besteht, ist natürlich eine weitere Frage; denn ebenso wie diese Art der Erkenntnis ist auch die Art der Täuschung eine andere. Sie ist genau so von der "Nahstellung" zum Bewußtsein bestimmt. Man könnte sie vielleicht als Fehlbewertung aus der Intuition beschreiben, die einem Vergreifen oder Versprechen mindestens ebenso ähnlich ist wie einem Irrtum über Reales. Der Richter macht hier sozusagen von seiner Berufserfahrung, deren Idealbild nur ihm zugänglich ist, den falschen Gebrauch.

Wenn man sich an dieser Stelle an das Beispiel von Sarstedt erinnert, in dem der Revisionsrichter mit dem Mathematiker verglichen wird, der die Gauß'sche Formel anwendet, wird erklärlich, was mit der "Nahstellung zum Bewußtsein" auch im Fall der Täuschung gemeint sein muß: Es trifft zwar nicht zu, daß derjenige, der die Gauß'sche Formel anwendet, sich gar nicht irren kann, doch ist die Wahrscheinlichkeit, daß er sich irren wird, dadurch stark herabgemindert, daß der Schwierigkeitsgrad der Berechnung für den, der die Formel beherrscht, eben unvergleichlich geringer ist.

Um weiter bei einem der von Sarstedt angeführten Beispiele zu bleiben: Es ist zwar nicht völlig ausgeschlossen, daß der Revisionsrichter sich bei der Aufklärungsrüge, bei der es sich

bekanntlich um die Abwägung zweier Verfahrensprinzipien (Pflicht zur Wahrheitserforschung und Freiheit der richterlichen Überzeugung¹⁾) handelt, zu Lasten des Beschwerdeführers über den Umfang von dessen Beweisantragsrecht täuscht²⁾ und die Revision verwirft. Da es sich aber um eine recht häufige und alltägliche Rüge handelt, deren Rechtsprechung dem Senat geläufig ist, wäre eine solche Fehlentscheidung fast nur bei Geistesabwesenheit des erkennenden Richters möglich.

Jagusch, der am Ende seines Beitrages³⁾ als Richtlinie angibt, das Beschlußverfahren nur dann anzuwenden, wenn aus der vorinstanzlichen Verhandlung eine a u s g e t r a g e n e Rechtsfrage übriggeblieben sei, und der das Beschlußverfahren nicht angewendet wissen möchte, wenn Rechtsfragen in der Revisionsinstanz "schwierig" und "umstritten" sind, strebt letzten Endes vielleicht dieselbe Trennungslinie wie Sarstedt an.

Die Unverzichtbarkeit der subjektiven Evidenz im Recht

Doch unabhängig davon, welcher philosophischen Richtung man den Vorzug gibt, für das Rechtsrügeverfahren ist aus einem weiteren Grunde die Täuschungsmöglichkeit bei der Erkenntnis der Offensichtlichkeit nicht auszuschließen. Die phänomenologische Betrachtungsweise würde hier den Z e i t f a k t o r im Recht negieren.

Zwar trifft die Vorstellung von der "Vorgegebenheit" der Offensichtlichkeit des Begründungsmangels insofern zu, als die Tätigkeit des Richters stets vergangenheitsbezogen ist. Der Richter ist an das geltende Recht gebunden, d.h. es ist seine Aufgabe, den konkreten Fall nach Maßgabe von Rechtssätzen zu beurteilen, welche v o r seiner Entscheidung geschaffen wurden. - Auch der Tatbestand ist dem richterlichen Tun zeitlich vorgegeben. Er hat sich in der Vergangenheit als zurechenbare Handlung des Angeklagten zugetragen. Im Gerichtsverfahren in der Revisionsinstanz wird dieser Sachverhalt in der Form, in

1) vgl. Wimmer in DRZ 1950, S.394.

2) Das strenge Beweisantragsrecht ist im Laufe der Zeit nach 1935 immer mehr abgebaut worden, vgl. Sarstedt, S.162ff. (S.166).

3) Jagusch, a.a.O. S.76.

der er im vorinstanzlichen Urteil festgestellt wurde, zur Grundlage des Revisionsurteils gemacht. Dabei hat das Gericht entsprechend dem Grundsatz nulla poena sine lege auch nur das Gesetz anzuwenden, das zur Tatzeit bereits galt. Indem der Sachverhalt mit dem in der Vergangenheit geschaffenen und heute noch geltenden Gesetz verknüpft wird, erhält das richterliche Tun seinen inneren Bezug auf die Vergangenheit. - Die Bindung des Richters an das Recht bedeutet gleichzeitig auch ein Gebundensein an Vorentscheidungen; was das vorentscheidende Gericht an grundsätzlichen Folgerungen herausgearbeitet hat, ist ebenfalls Rechtsquelle, "weil der Richter durch das Gerichtsverfassungsgesetz ermächtigt ist, an Stelle des Gesetzgebers und mit Wirkung für diesen zu handeln".¹⁾ Daß einer Entscheidung "das Moment der Dauer abgeht, vermag an der Rechtsnatur (des Urteilsinhalts) nichts zu ändern, denn es bleibt die Tatsache, daß die Entscheidung genau wie Gesetz oder Gewohnheitsrecht regelnd in die Lebensverhältnisse eingreift und gleichzeitig der Praxis als Richtschnur dient; dies um so entschiedener, je mehr aus gelegentlichen Entscheidungen eine feste Rechtsprechung und schließlich sogar Gewohnheitsrecht geworden ist".²⁾

Schließlich geht der Richter auch bei der Interpretation des anzuwendenden Gesetzes zurück in die Vergangenheit, wobei er "sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken"³⁾ hat.

Doch ebenso wie das Revisionsgericht bei der Gesetzesauslegung nicht beim "wortgewordenen Willen" des Gesetzgebers verharren darf, sondern dem Rechnung zu tragen hat, daß das Gesetz mit seinem "Inkrafttreten in das soziale Kräftefeld eintritt, dem es von nun ab ... seine inhaltliche Weiterbildung entnimmt"⁴⁾, hat das Revisionsgericht auch die Vorentscheidungen - seine eigenen Vorentscheidungen inbegriffen - daraufhin zu überprüfen, ob sie unter den gegenwärtigen Umständen beizubehalten sind oder nicht. Gesetz, Gewohnheits-

1) Schwinge, Revisionsrecht, S.128.

2) Schwinge, a.a.O. S.128.

3) so Windscheid, zit. bei Engisch, a.a.O. S.88.

4) so Mezger in Ztschr.f.Strafrechtswiss. 59, S.573, ebenfalls zitiert bei Engisch, a.a.O. S.90.

recht und eigene Rechtsprechung müssen in jedem Revisionsfalle erneut in Bezug auf ihre *W e i t e r g e l t u n g* geprüft werden.

Die Frage, inwiefern die richterliche Entscheidung in der Gegenwart als Rechtsquelle heranzuziehen ist, wird von Schwinge in den "Grundlagen der Revision" genauestens untersucht. Schwinge sagt dort: Die bei der Rechtsprechung zum Ausdruck kommende "mangelnde Festigkeit des Fallrechts" hat "den Vorzug, daß sich das Recht den veränderten Verhältnissen des Lebens anpassen kann. Sowie neue Fälle zeigen, daß die bisherige Auslegung unhaltbar ist, wird die Norm aufgegeben und durch eine neue, bessere ersetzt."¹⁾ Schwinge bezeichnet in diesem Zusammenhang die richterlichen Entscheidungen nur als "Generalisierungsversuche provisorischen Charakters", als "Fallrechtsätze", welche "stets nur gelten mit dem Vorbehalt von Ausnahmen, die sich aus neuen Konstellationen von Umständen ergeben können".²⁾ Erst wenn über eine Frage eine bestimmte Anzahl gleicher Entscheidungen vorliegt und Kommentare und Lehrbücher daraus festgefügte Handlungstypen gebildet haben, welche ihrerseits wieder auf die Rechtsprechung zurückwirken, gewinnt die Judikatur ganz konkrete Form (so z.B. bei der Auslegung eines unbestimmten Begriffes wie des rechtswidrigen Vermögensverlusts in § 253 StGB).

Schwinge betont weiter, daß jede Rechtsprechung durchaus die Tendenz hat, "die ihr aufgegebenen Bewertungen auf die Feststellung bestimmter wiederkehrender Verhaltensweisen zurückzuführen".³⁾ Er weist dabei gleichzeitig auf die dem Revisionsgericht obliegende Aufgabe hin, nicht nur das Recht fortzubilden, sondern es auch seinem Inhalt und Umfang nach einheitlich zu gestalten.

In welcher Weise nun im Einzelfalle das Recht vom Revisionsgericht fortzubilden, bestehen zu lassen oder nur zu bestätigen ist, damit es einheitlich im Lande gilt, kann im vor-

1) Schwinge, a.a.O. S.128.

2) Wehli, Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung, Festschrift für Adolf Bach, I.Bd., S.433, zit. bei Schwinge, a.a.O. S.128.

3) Schwinge, a.a.O. S.129.

aus nicht bestimmt werden. Rechtsfortbildung und Rechtseinheit fordern hier immer wieder eine neue Stellungnahme des Revisionsgerichts; daran ändert sich auch nichts durch den Grundsatz der Gleichheit, welcher den Richter zwingt, nach Maßgabe der Vorentscheidungen seinen Blick vom gegebenen Fall ab- und zurückzuwenden.

Es entspricht aber nicht den Gegebenheiten des Rechts, seinen gesamten "Horizont" als "gesetzt" und "vorgegeben" zu bezeichnen, wie Husserl es will. Das Gericht "erinnert" sich zwar an Gesetz und Vorentscheidung, tritt aber mit jeder neuen Entscheidung aus dem Vorgegebenen heraus, weil es selbst bei Weiterführung der Rechtsprechung die Lösung des gegenwärtig zur Entscheidung stehenden Falles erstrebt und damit erneut für die Zukunft richtlinienggebend wirkt. Denn es ist nicht so, daß allein die grundlegend neue, ausführlich begründete und veröffentlichte Entscheidung das Recht schafft, sondern auch die später ergehende Entscheidung, die das Recht bestätigt, und auch sogar die beschlußweise erlassene Entscheidung, die es unterläßt, eine einmal aufgestellte Richtlinie fallen zu lassen.

Kurz: Das Recht ist die täglich neu zu beantwortende Frage nach der innerhalb eines bestimmten Staatsgebietes zu verwirklichenden Gerechtigkeit. Diese läßt sich nicht durch Gewinnung neuer und Ergänzung alter Gesetzmäßigkeit diskursiv zu einer absoluten Erkenntnis entwickeln, wie etwa weite Gebiete der Naturwissenschaften, sondern das Recht wird fortentwickelt, indem alte "Erkenntnis" aufgegeben wird, wenn sie jetzt und heute als überholt erkannt wird; ja, es gehört auch zu seiner Entwicklung, daß eine aufgegebene alte Rechtsprechung gegebenenfalls wieder aufgenommen wird.¹⁾ Denn das Recht ist der immer neue Versuch, das Sein mit dem Sollen in Einklang zu bringen mit dem Ziel bestmöglicher Befriedung. Ohne den Mut zu dieser täglichen Improvisation würde das Recht in Kasuistik ersticken.

Beling, dem sicher nicht der Vorwurf gemacht werden kann, die Rechtsdogmatik zu vernachlässigen, hat die Stellung des

1) hierfür wäre etwa die Rechtsprechung zur Wahlfeststellung ein Beispiel.

Richters gegenüber seiner (eigenen) Rechtsprechung gleichfalls als die tägliche Aufforderung verstanden, das Recht neu zu gestalten.¹⁾ Er setzt sich in seinem Strafprozeßrecht unter dem Titel "Garantien der Gerichtsbarkeit" eingehend mit dem Inhalt der in § 1 GVG vorgeschriebenen richterlichen Unabhängigkeit auseinander. Er legt diesen Begriff vor allem als Verpflichtung zur e i g e n s t ä n d i g e n Entscheidung aus.

Richter und Gerichte sollen seiner Ansicht nach untereinander unabhängig sein. Dabei sei jeder Richter bei der Gesetzesauslegung selbst verantwortlich für die Befolgung und Anwendung der Rechtsordnung. Er dürfe ihr niemals Rechtsauffassungen substituieren, die er nicht teile, mögen diese Auffassungen die bisherige Praxis noch so sehr beherrschen. Beling sagt wörtlich: "Die Tradition, das ist der Amtsschimmel, ist keine Rechtsquelle."²⁾ So wünschenswert eine "konstante einheitliche Gerichtspraxis" sei, so übel sei eine "greisenhaft erstarrte und besserer Erkenntnis den Weg versperrende Praxis"²⁾; es sei eine der schwersten Rechtspflichtverletzungen, nicht nach der eigenen wissenschaftlichen Überzeugung, sondern nach fremden Meinungen zu entscheiden.

Solcher Präjudizienkult dürfe auch nicht vom Spitzengericht betrieben werden. "Auch für die Richter des Reichsgericht entfaltet dessen bisherige Rechtsprechung keine verbindliche Kraft."³⁾ Jeder Senat habe vielmehr seine frühere Rechtsauffassung zu verlassen, wenn er sie für überholt erachte.

Insoweit als die hic et nunc "gerechte" Entscheidung stets der Gegenwart verhaftet ist, ist sie auch der Zeit verhaftet. Sie ist nicht zeitlos. Ihr Rechtsinhalt entsteht, verwandelt sich oder vergeht eines Tages durch eine spätere Entscheidung, oder er geht unter durch Aufhebung der zugrundeliegenden Gesetze. Als vorgegeben wäre allenfalls das Bestreben jeden Staates zur Justifizierung seiner Macht zu bezeichnen. Die jeweilige, jeder Entscheidung zugrundeliegende Rechtsvorstellung jedoch bleibt, da sie der Zeit verhaftet ist, unvorgegeben, muß jeweils neu entwickelt, verändert oder zumindest bestätigt werden.

1) Beling, Deutsches Strafprozeßrecht, S.47-49.

2) Beling, a.a.O. S.48.

3) Beling, a.a.O. S.48.

Selbst wenn man also mit Husserl anzunehmen bereit wäre, daß die Offensichtlichkeit der Übereinstimmung zwischen dem Urteil der Vorinstanz und der alten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich eine objektive, mit dem schon bestehenden Recht vorgegebene Eigenschaft sei, muß Husserls Auffassung doch sofort als zu eng abgelehnt werden, wenn man erkennt, daß diese Übereinstimmung (bzw. der Begründungsmangel der Revision) stets von der heute dem einzelnen Revisionsrichter gegenwärtigen Rechtsvorstellung hergeleitet werden muß.

Da j e d e Entscheidung des Bundesgerichtshofs auf den gegenwärtigen Rechtshorizont bezogen ist und nicht nur vom in der Vergangenheit gesetzten Horizont her bestimmt wird, muß es eine subjektive Evidenz geben, kommt man ohne die Überzeugtheit des erkennenden Senatsmitgliedes von der Gewißheit der Übereinstimmung s e i n e r Ansicht mit dem heute geltenden Recht nicht aus.

Damit entfällt die von Husserl behauptete Gewähr für die Wahrheit des Evidenzerlebnisses. Die Täuschungsmöglichkeit muß akzeptiert werden.

Ergebnis der Inhaltsbestimmung des Begriffes "offensichtlich unbegründet"

Von allen Interpretationsversuchen hat nur die umfassendere wörtliche Interpretation Aufschluß über den Inhalt des Begriffes "offensichtlich unbegründet" geben können.

In ihr wird die Unbegründetheit nicht nur gefolgert, sondern auch "erlebt"; dabei ist die Evidenz als Urteilmittel ein gebrochenes Erkenntnismittel:

Das objektiv Evidente, das unter Ausschluß jeden Irrtums wahr ist und unabhängig von der Einsichtsfähigkeit des Beurteilers besteht, dessen man aber nicht habhaft werden kann, besteht hier in dem Widerspruch des Revisionsbegehrens zu der absolut richtigen Rechtsvorstellung, die vom Bundesgerichtshof zu verwirklichen in jeder Entscheidung angestrebt wird.

Diese "absolute" Unrichtigkeit des Revisionsbegehrens tritt aber nur in Erscheinung durch die subjektive Seite der Evi-

denz, in der die Unrichtigkeit des Revisionsbegehrens eindeutig in der Form der Überzeugtheit des erkennenden Subjekts von der Gewißheit der Unrichtigkeit jedem einzelnen Senatsmitglied erscheint. (Bei diesem Akt des Erfassens der absoluten Unrichtigkeit ist ein "Fehlgreifen" nicht auszu-schließen.)

Für die zweite Teilentscheidung in § 349 Abs.2 StPO ergibt sich demnach:

Der Senat erachtet eine Revision dann einstimmig für offensichtlich unbegründet, wenn nach Ansicht aller Senatsmitglieder die Unbegründetheit sich schon vollständig aus den im vorinstanzlichen Urteil angeführten rechtlichen Argumenten ergibt und von jedem Senatsmitglied auf Grund seiner Berufserfahrung als mit der heute geltenden, von ihm zu gestaltenden "absoluten" Rechtsordnung übereinstimmend erlebt wird. In diesen Fällen ist die Richtigkeit des vorinstanzlichen Urteils so eklatant, daß eine Diskussion über seine Un-Richtigkeit innerhalb der geltenden Rechtsordnung (wie sie sich dem Bundesgerichtshof darstellt) gar nicht mehr möglich erscheint.

Dritte Teilentscheidung: Die Ausübung der Verwerfungsbefugnis

Hat der Revisionssenat übereinstimmend festgestellt, daß die Unbegründetheit der Revision offensichtlich ist, so kann er die Revision im Beschlußwege verwerfen. Es steht ihm frei, zwischen dem Beschlußverfahren und dem ordentlichen Verfahren zu wählen. Für die Wahl der Verfahrensart genügt einfache Stimmenmehrheit.

Damit ist § 349 Abs.2 StPO - im Gegensatz zu Abs.1, wo trotz des gleichen Wortlauts ("kann") die unzulässige Revision verworfen werden muß - als echte Ermessensentscheidung ausgestaltet worden.¹⁾ Der Bundesgerichtshof kann

1) Es ist also nicht so, wie Achterberg, a.a.O. S.337, meint, daß ein "verwerfender Beschluß ergehen muß", weil an die Evidenz "niemals die Wahl unter mehreren Rechtsfolgen geknüpft" sein könne. Die Evidenz löst vielmehr unbedingt nur die Folge der Verwerfungsbefugnis aus. Ob das Gericht von

sich also des Vorrechtes der Arbeitserleichterung, die ihm unter den Voraussetzungen des vorangehenden Konditionalsatzes eingeräumt wurden, **f r e i w i l l i g** b e g e b e n , wenn er dies für angemessen erachtet. Auch Penner sieht dies als Inhalt der "Kann"-Regel¹⁾ an und hebt hervor, daß "die Offensichtlichkeit" einer Revision nach dem Gesetz nicht notwendig das Beschlußverwerfungsverfahren nach sich zieht".¹⁾

In der Ausübung dieses Ermessens ist das Revisionsgericht nur dort nicht frei, wo es ermessenswidrig handeln würde, d.h. wo seine Entscheidung unsachlich und willkürlich wäre. - Das müßte beispielsweise angenommen werden, wenn der Vorsitzende wegen persönlicher Beziehungen zum Anwalt des Angeklagten Termin zur Hauptverhandlung anberaumen würde, oder wenn umgekehrt nur deshalb im Beschlußwege entschieden würde, weil dem Senat die Person des vielfach vorbestraften Angeklagten als "hoffnungsloser Fall" nicht "verhandlungswürdig" erscheinen würde. - Willkürlich wäre es gleichfalls, bei einer bestimmten Art von Delikten automatisch durch Beschluß zu verwerfen, weil diese Straftaten nach Ansicht des Senats ohnehin nicht hart genug bestraft werden könnten. - Unbedingt ermessenswidrig wäre aber vor allem, aus Gründen der Arbeitersparnis²⁾ niemals von dem hier ins Gesetz eingefügten Ermessen Gebrauch zu machen.

Außerdem sind, wie Sarstedt³⁾ sagt, "zahlreiche Gründe denkbar", aus denen man vom Beschlußverfahren keinen Gebrauch macht, obwohl die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Ein solcher Grund kann z.B. "in einem besonderen Interesse der Öffentlichkeit am Verfahren"³⁾ liegen; aus einem Urteil kann man der Presse Mitteilungen machen, aus einem Beschlußverfahren nicht. Sarstedt führt weiter als Beispiel an, daß die Revision zwar offensichtlich unbegründet sein, der Fall "aber dennoch Anlaß zur Erörterung bestimmter Rechtsfragen geben kann", die den Beschwerdeführer zwar im Revisionsfalle (offensichtlich) nicht

dieser Befugnis Gebrauch zu machen wünscht, steht in seinem Ermessen. Dies trifft jedenfalls zu für die Fälle von offensichtlicher Unbegründetheit in § 24 BVerfGG, § 93a BVerfGG, § 84 VwGO, die sämtlich Kann-Bestimmungen sind.

1) Penner, a.a.O. S.23.

2) so auch Penner, a.a.O. S.23.

3) Sarstedt, a.a.O. S.279.

beschweren, deren Wiederholung in anderen Fällen aber entgegengetreten werden soll. - Sarstedt meint ferner, daß die Vorschrift immer dann unangewendet bleiben kann, wenn das Revisionsgericht einmal nicht der Entlastung bedarf.¹⁾ Ob dies sinnvoll wäre, muß nach den obigen Ausführungen bezweifelt werden.

Wimmer²⁾ schlägt vor, bei hoch bestraften Kapitalverbrechen grundsätzlich und ohne Rücksicht auf die Art der Revisionsbegründung von der Beschlußverwerfung abzusehen, die hier "einen schlechten Eindruck machen"²⁾ würde, Penner³⁾ hält diese Ansicht für "nicht zweifelsfrei". Mit dem besonderen Interesse, das Öffentlichkeit und Verfahrensbeteiligte an einer sorgfältigen Durchführung des Verfahrens in diesen Fällen hätten, sei eine konkrete Ermessensentscheidung nicht ausreichend zu begründen. Es müßten vielmehr nur für den Einzelfall zutreffende Gesichtspunkte sein, die zu der einen oder anderen Entscheidung führten. Dabei sei das Revisionsgericht gehalten, in dem Fall den Ausnahmecharakter des Beschlußverfahrens zu wahren. - Sarstedt hält die unterschiedliche Behandlung der Kapitalverbrechen gleichfalls für verfehlt. Hier sei die Rechtslage oft besonders einfach, und es sei im Gegenteil oft unangebracht, die Leidenschaften durch eine erneute Verhandlung wieder anzufachen.

Sarstedt ist sich aber mit Penner über einen anderen Zweck der Ermessensentscheidung einig: Es kann im Einzelfall notwendig sein, aus Erwägungen, die die Person des Angeklagten betreffen, ein ordentliches Verfahren durchzuführen; so, wenn der Angeklagte ein Querulant ist und ein einmaliges, besonders geduldiges Eingehen auf seine Fehlvorstellungen die geschickteste und menschlichste Art ist, ihn von seinem Wahn zu befreien; oder wenn die Rechtsmaterie für den Angeklagten schwierig und seinem Rechtsempfinden entgegengesetzt geregelt ist.

Es wäre zu erwägen, ob eine Regelung, wie sie inzwischen in § 93a BVerfGG geschaffen wurde, nicht der jetzigen Fassung des § 349 Abs.2 StPO überhaupt vorzuziehen wäre. In § 93a BVerfGG sind mündliche Verhandlung und Begründung fakultativ,

1) Sarstedt, a.a.O. S.279.

2) Wimmer, a.a.O. S.203.

3) Penner, a.a.O. S.23.

so daß eine aus menschlichen Gründen gewährte mündliche Verhandlung nicht notwendig die Arbeitsbelastung einer vollen Urteilsbegründung nach sich zieht. Es wäre auch zu prüfen, ob es nicht in das Ermessen des Strafsenats gestellt werden sollte, Inhalt und Umfang der Begründung wie in § 93a BVerfGG dem Fall entsprechend bestimmen zu können. Das würde immer dann, wenn der Angeklagte bei der Revisionsverhandlung nicht zugegen ist, seinem menschlich verständlichen Bedürfnis nach einer Erklärung entgegenkommen, ohne mit einer ins Gewicht fallenden Mehrarbeit für den Bundesgerichtshof verbunden zu sein. - Eine solche Begründung hätte selbstverständlich nichts mit der Begründung juristischer Evidenz gemein. Sie wäre vielmehr ebenso wie die Begründung nach § 93a BVerfGG nur als "Kommentar" für den Laien zu einem juristisch nicht einmal zu begründenden Beschluß zu verstehen. Mit Recht hält Sarstedt in diesem Zusammenhang eine juristische Begründung für überflüssig und "albern".¹⁾

1) vgl. Sarstedt, a.a.O. S.277.

Drittes Kapitel: Die Einwendungen gegen § 349 Abs.2 StPO

Nachdem die Grundlagen für das Verständnis des § 349 Abs.2 StPO klargelegt worden sind, kann man sich den Angriffen gegen die Vorschrift zuwenden.

Man behauptet, daß die Möglichkeit summarischer Zurückweisung der Revision mit einigen Verfahrensgrundsätzen unseres Strafprozeßrechts, nämlich dem Grundsatz der Mündlichkeit, dem Prinzip der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art.103 Abs.2 GG) nicht in Einklang zu bringen seien.

Penner widmet diesen Fragen eine umfangreiche Untersuchung.¹⁾ Er kommt darin zu dem Ergebnis, daß § 349 Abs.2 StPO nicht gegen die genannten Prozeßmaximen verstoße. Dieses Ergebnis liegt aber schon auf der Hand, wenn man erkennt, daß alle Verfahrensgrundsätze mit dem Beschlußverfahren gar nicht kollidieren können!

Gegen die Normierung in § 349 Abs.2 StPO könnte man ferner Bedenken aus der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Verfassungsrechts herleiten. § 349 Abs.2 StPO ermächtigt das Revisionsgericht, von einer Begründung Abstand zu nehmen. Wenn das Gericht die Revision als "offensichtlich unbegründet" erachtet, wird der Entscheidung in der Regel keine Begründung mitgegeben. Eine solche Sachbehandlung entspricht nicht den Folgerungen, die neuestens aus dem Rechtsstaatsgedanken gezogen worden sind. In einem Urteil des Ersten Senats vom 16. Januar 1957²⁾ hat das Bundesverfassungsgericht einen allgemeinen Begründungszwang für behördliche Entscheidungen statuiert und das Fehlen einer Begründung als Verfahrensmangel hingestellt. Der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen wird, habe "einen Anspruch darauf ..., die Gründe dafür zu erfahren; denn nur dann kann er seine Rechte sachgemäß verteidigen".³⁾

Dieser Auffassung ist das Bundesverwaltungsgericht nach an-

1) die von S.42-62 gehend den 3.Teil seiner gesamten Arbeit umfaßt.

2) BVerfG.E. 6,32ff.

3) a.a.O. S.44.

fänglichem Schwanken beigetreten. In einem Urteil des VI. Senats vom 4. Dezember 1959¹⁾ hat sich das Bundesverwaltungsgericht den Leitsatz des Bundesverfassungsgerichts im Prinzip zu eigen gemacht, und zwar mit der Begründung, "daß der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen würde, einen Anspruch darauf habe, die Gründe dafür zu erfahren, denn nur dann könne er seine Rechte sachgemäß verteidigen." Dieser Grundsatz, betont das Gericht mit Nachdruck, habe aber "Grenzen": er fordere nur, "daß dem Staatsbürger die seinen Fall betreffende Auffassung der Verwaltung über die Sach- und Rechtslage nicht unbekannt geblieben sein darf". Habe die Verwaltungsbehörde im Vorverfahren ihre Gründe bekanntgegeben und habe der Beschwerdeführer zu ihnen Stellung nehmen können, brauche die Entscheidung nicht mit einer Begründung versehen zu werden. Dieser Auffassung ist Bachof in einer Anmerkung zu diesem Urteil beigetreten: "Kennt der Bürger die Sach- und Rechtslage bereits, insbesondere aus den vorangegangenen Vorverhandlungen ..., so kann von einer Beschränkung seiner Verteidigung auch dann keine Rede sein, wenn der abschließende Akt selbst keine ausdrückliche Begründung mehr enthält."²⁾

In Revisionssachen hatte der Beschwerdeführer in den Vorinstanzen schon ausreichend Gelegenheit, zu dem Fall in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung Stellung zu nehmen. Es handelt sich dabei also um einen Ausnahmefallbestand, bei dem der im Prinzip sonst geltende Begründungszwang nicht Platz greift. Verfassungsrechtlich lassen sich also gegen die Regelung in § 349 Abs.2 StPO keine Bedenken geltend machen.

Die Anhänger der Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff in § 349 Abs.2 StPO können freilich auf eine Auseinandersetzung mit den genannten Verfahrensgrundsätzen nicht verzichten. Für sie ist in jedem Einzelfall der Inhalt eines offensichtlichen Begründungsmangels durch Auslegung im offenstehenden "Beurteilungsspielraum" zu ermitteln. Die Auslegung ist dabei keineswegs eindeutig wie das Evidenzerlebnis.³⁾ Sie ist auch keine

1) BVerwGE 10,37ff (43).

2) Bachof in JZ 1962, S.746; ebenso noch das BVerwG im 10.Band auf S.78.

3) Achterberg, a.a.O. S.337.

klare Subsumtion, die im Begriffskern vollzogen wird¹⁾, sondern sie ist das Rechtsgewinnungsmittel, das im Begriffshof¹⁾ angewandt wird, wo objektiv m e h r e r e Entscheidungen anstehen, während bei der objektiven Erscheinungsform der Evidenz stets nur eine Entscheidung denkbar ist. Da diese einzig richtige Entscheidung intuitiv erfaßt werden muß, ist sie nicht mitteilbar.

Man verfällt überhaupt dem Irrtum, die Wortzusammensetzung "offensichtlich unbegründet" für einen unbestimmten Rechtsbegriff zu halten, nur, weil "auch das Problem des unbestimmten Rechtsbegriffs ein Problem der nicht-mittelbaren Imponderabilien, der schriftlich nicht widerlegbaren intuitiven Erfassung der Gesamtsituation durch den Richter"¹⁾ ist. Doch ist beim unbestimmten Rechtsbegriff das Objektive bei Beginn des Verfahrens noch unbestimmt. Es wird erst im Verfahren für den Revisionsfall als vorliegend oder nicht vorliegend bestimmt.

Wäre das "offensichtlich unbegründet" ein unbestimmter Rechtsbegriff, so wäre es sinnvoll, durch ein "Rechtsgespräch", wie es der Anwaltschaft vorschwebt, auf den Prozeß der Rechtsgewinnung Einfluß zu nehmen, für Kontrolle durch die "Öffentlichkeit" einzutreten und sogar auf den im revisionsrechtlichen Verfahren umstrittenen Grundsatz der Mündlichkeit zu pochen.

Der Versuch einer Einflußnahme auf das Revisionsgericht im Falle der offensichtlichen Unbegründetheit ist jedoch sinnlos, wenn man das Wesen dieser Offensichtlichkeit von der Evidenz her erfaßt. Die Eindeutigkeit der Evidenz, die in der Form der Überzeugtheit des erkennenden Subjekts von der Gewißheit einer Einsicht erscheint, kann der Sache nach nicht Gegenstand von Diskussion und Kontrolle sein.

Hat man erkannt, daß die Bestimmung des § 349 Abs.2 StPO nur von der Evidenz her zu verstehen ist, wird auch ein weiterer Streitpunkt zwischen Anwaltschaft und Revisionsgerichten gegenstandslos, nämlich ob eine Begründung²⁾ längerer oder kürzerer Art dem Beschwerdeführer gegenüber abzugeben sei. Wie

1) vgl. Jesch, AöR Bd.82, S.203.

2) vgl. Penner, a.a.O. S.60.

bereits oben ausgeführt, ist eine solche Begründung, die eine Begründung des Offensichtlichen wäre, gar nicht möglich; es handelt sich insoweit um ein mit Hilfe der Berufserfahrung gewonnenes Evidenzerlebnis, das nicht mitteilbar ist. Begründungen im Sinne eines juristischen Urteils sind diese "Begründungen" niemals. Sie sind in Wahrheit nur für den Laien bestimmte Erläuterungen feststehender juristischer Erkenntnis.

Wenn von Verteidigerseite der Vorschlag gemacht wird¹⁾, in den Verwerfungsbeschlüssen das Wort "offensichtlich" fortzulassen oder durch einen Hinweis auf § 349 Abs.2 StPO zu ersetzen, so ist dieser Vorschlag mit Sarstedt als "ein Versteckspiel"²⁾ abzulehnen. Der Hinweis "offensichtlich" kennzeichnet für den juristischen Sachverständigen die völlig andere Art der Gewinnung der Entscheidung und macht auch dem Laien klar, daß die Vorentscheidung hier ganz eindeutig zu Recht ergangen ist.

Schwerer als die gegen die Verletzung der Verfahrensprinzipien geäußerten Befürchtungen wiegen die Bedenken von Achterberg³⁾, daß die Anerkennung der Evidenz als Rechtsbegriff generell die Anerkennung des Irrationalismus im Rechtsdenken nach sich ziehen könnte. -

Der Irrationalismus widerspricht nach heute herrschender Ansicht "dem Wesen des Rechtsdenkens".⁴⁾ Lebensphilosophie und Phänomenologie können an sich als in der Rechtsphilosophie überwunden gelten.⁵⁾

An der Beschaffenheit der Evidenz als einem "irrationalen Element im rationalen Rechtsgebäude"⁶⁾ ist jedoch nicht zu zweifeln. Die Evidenz ist der Logik vorgelagert und als solche

1) Ostler, DRiZ 1957, S.61.

2) Sarstedt, a.a.O. S.280.

3) a.a.O. S.338, 2.Spalte.

4) Diese Meinung wird vor allem von Schwinge vertreten, der den Irrationalismus als dem Wesen des Rechtsdenkens zuwiderlaufend ansieht. Vgl. Schwinge, Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft, passim. A.A. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S.40.

5) Hierbei handelt es sich um den von Schwinge so bezeichneten "Neuirrationalismus", vgl. Schwinge, a.a.O. S.16, Anm. 66.

6) so Achterberg, a.a.O. S.338.

unverrückbar. Sie ist hier aber "unabweisbar"¹⁾, ohne deshalb unbedingt "als Wesensschau dem Erkenntnisgegenstand der Rechtswissenschaft nicht angemessen zu sein"²⁾ und das rationale Denken in seinem Wertbestand ernstlich zu gefährden.

Zwar trifft es zu, daß die Evidenz insoweit "gefährlich"³⁾ ist, als sie nicht in einem Denkkakt nachvollziehbar ist. Sie ist somit auch nicht kontrollierbar. Die Gefahr eines Fehlererlebnisses ist um so größer, je kleiner der Kreis derer ist, denen die nötige Einsichtsfähigkeit eignet, das Evidenzerlebnis zu haben.³⁾ Diese Besorgnis besteht durchaus gegenüber der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs, für dessen Entscheidungen nicht nur dem Laien, sondern auch außenstehenden Juristen die notwendige Fähigkeit fehlt, die für das Evidenzerlebnis nötigen vorgegebenen rechtlichen Tatbestände inhaltlich zu erfassen. Sie verschärft sich dadurch, daß es keine dem Bundesgerichtshof übergeordnete Instanz mehr gibt, die dem Evidenzerlebnis der Bundesrichter ihr eigenes Evidenzerlebnis hinzufügen könnte und auf diese Weise durch Vermehrung der Zahl der Wahrnehmenden die Gefahr der Evidenztauschung vermindern könnte.⁴⁾

Neben der logischen Notwendigkeit der Evidenz im Rechtsdenken spricht aber die Häufigkeit gleicher und ähnlicher Evidenzerlebnisse dagegen, daß die erwähnte Täuschungsgefahr schwerwiegend ist. Sarstedt betont ausdrücklich, daß es seiner Erfahrung nach immer wieder dieselben Fehler seien, die von den Beschwerdeführern gemacht würden.

Je größer aber die Zahl der immer gleichen Wahrnehmungen ist, desto geringer ist die Täuschungsgefahr, desto sicherer wird der berufserfahrene Richter sein richtiges "Erlebnis" haben. Sarstedt gibt bereits im Jahre 1960⁵⁾ an, im Laufe seiner damals zwölfjährigen Tätigkeit als Strafrichter in letzter Instanz rund 8000 Revisionsschriften bearbeitet zu haben. Wenn

1) so Achterberg, a.a.O. S.338.

2) so Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, S.16.

3) vgl. Achterberg, a.a.O. S.338.

4) Ders., a.a.O. S.339.

5) vgl. "Der Spiegel" a.a.O.

man zusätzlich den durchschnittlichen Arbeitsanfall an den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs mit diesen Angaben vergleicht¹⁾, gewinnt man die Überzeugung, daß die hier gesammelte richterliche Erfahrung und Rechtskenntnis den Mitgliedern der Strafsenate sicher den nötigen Einblick in die Materie gewährt, um auch bei für den Außenstehenden wenig eindeutigen Rechtsrügen "ohne viel Nachdenken", "müheelos"²⁾ zum Erlebnis der Offensichtlichkeit eines Begründungsmangels zu gelangen.

Außerdem muß daran festgehalten werden, daß es nur diese eine Möglichkeit gibt, Rechtsansichten, die der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit schon einmal schlußfolgernd behandelt hat, die er nun auf Grund seiner Berufserfahrung aber bereits im Prälogischen gewinnt, dazu zu verwenden, um die in Geltung befindliche Rechtsprechung zu erhalten und zu bestätigen. Das Evidenzerlebnis der Senatsmitglieder ist in diesem Sinne eine unbedingt notwendige Vorbedingung, um der jeweils herrschenden Rechtsauffassung am Bundesgerichtshof im Einklang mit den Zielen der Revision Geltung zu verschaffen.

1) Siehe Tabelle IV und VII im Anhang.

2) so Jagusch, a.a.O. S.76.

Schlußbemerkung

Es soll hier nicht behauptet werden, daß der verfassungsmäßige Richter in der Lage sei, den Gesetzgeber zu ersetzen und objektives Recht zu schaffen. Die richterliche Freiheit ist stets auf den richterlichen Aufgabenkreis beschränkt zu betrachten.

Im Rahmen dieser Grenzen jedoch kommt dem Richter auch und gerade am Bundesgerichtshof rechtsgestaltende Funktion zu, und innerhalb dieses Aufgabenbereichs hat auch das Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2 StPO seinen festen Platz:

Es ist nicht das Privileg der erfolgreichen Revisionen, für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung wertvoll zu sein. Die Entscheidung, daß eine Revision im Ergebnis als begründet oder unbegründet anzusehen ist, bedeutet zunächst nur, daß eine vorinstanzliche Fehlentscheidung beseitigt oder ein richterliches Urteil der Vorinstanz bestätigt wird. Das sind zwei Seiten derselben Sache, nämlich der Gestaltung des Rechts durch den Bundesgerichtshof. Im ersten Falle wird ein altes Recht aufgehoben und neues geschaffen, wenn der Bundesgerichtshof sich damit gegen seine von der Vorinstanz beachtete bisherige Rechtsauffassung wendet. Diese, das Recht abändernden Entscheidungen stehen sofort im Zentrum der rechtlichen Diskussion. Im zweiten Falle wird dagegen - die Übereinstimmung der Vorinstanz mit der bisherigen Ansicht des Bundesgerichtshofs vorausgesetzt - das alte Recht bestätigt. Das kann bei längst bekannter Entscheidungsgrundlage auch durch Beschlußverwerfung geschehen.¹⁾ Diese, das bisherige Recht bestätigen den Entscheidungen finden seltener Beachtung; die beschlußweise ergangenen werden nicht einmal bekannt. An einem Beispiel veranschaulicht ausgedrückt: Der grundlegenden Entscheidung zum Verbotsirrtum²⁾ wird mehr Interesse entgegengebracht als der beschlußweise erledigten Verwerfung einer Revision, die sich gegen die subjektive Lehre vom Versuch richtet.

1) vgl. Jagusch, a.a.O. S.74, 2.Spalte.

2) BGHSt. 2, S.194.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß b e i d e Entscheidungen, die eine fördernd, die andere hemmend, das Recht einheitlich und richtunggebend entwickeln und gestalten.

Weil jede Tätigkeit des Bundesgerichtshofs nicht ohne Wirkung auf Rechtseinheit und Rechtsfortbildung bleibt, weil jede Entscheidung des Revisionsgerichts eine ausgesprochene oder im Beschlußverfahren unausgesprochene Stellungnahme zur Rechtsgrundsätzlichkeit der in der Revisionschrift oder in der Beschlußsitzung im Senat behandelten Rechtsfragen enthält, sind beide gleich wichtig.

Wenn also der Antrag eines Beschwerdeführers als offensichtlich unbegründet verworfen wird, was unter Umständen ohne jede weitere Erörterung geschehen kann, so beinhaltet das kurze, gedrängte Ergebnis "offensichtlich unbegründet" das rechtsgrundsätzliche Einverständnis der Senatsmitglieder mit der vom Berichterstatter vorgetragenen Rechtsauffassung, die sich mit der Rechtsansicht der Vorinstanz deckt; und dieses Ergebnis ist - da sich der Bundesgerichtshof der richtliniengebenden Wirkung seiner gesamten Tätigkeit im Amte nicht entziehen kann - für Rechtseinheit und Rechtsfortbildung ebenso bedeutsam wie eine Änderung der Rechtsprechung in einem ordentlichen Verfahren mit einer anschließend veröffentlichten Begründung.

Tabelle I

Die Geschäfte der Strafsenate des RG *)

Jahr	Zahl der eingegangenen Revisionen	Zahl der am Jahresende anhängig gebliebenen Revisionen
1910	6158	1003
1911	6368	1191
1912	6807	1636
1913	5565	1662
1914	5982	1351
1915	4480	1348
1916	3207	931
1917	3349	1431
1918	4343	1378
1919	5598	2078
1920	9627	3102
1921	9221	3259

*) Entnommen den Drucksachen des Reichstags, I. Wahlperiode 1920, Nr. 4450.

Tabelle II

Das Verhältnis zwischen Urteilen und Beschlüssen am BGH für
Strafsachen *)

Der Bundesgerichtshof hat insgesamt erledigt:

Im Jahre	Urteile	Beschlüsse n. § 349 II StPO	Beschlüsse n. § 349 I StPO	Beschlüsse n. § 346 II StPO
1952	1574 ¹⁾	2416	35	20
1953	1563	2107	40	30
1954	1781	1927	21	27
1955	1323	1593	33	27
1956	981	1603	22	15
1957	917	1606	23	19
1958	846	1517	17	16
1959	894	1645	15	16
1960	924	1430	29	13
1961	843	1467	26	12

*) Auf der Geschäftsstelle des BGH eingesehene Statistik

1) Die Zahl der anhängigen Revisionen betrug 1952 noch 4364 !
1958 waren es nur noch 2667, von denen lediglich 220 im
gleichen Jahre nicht erledigt werden konnten. (Hierzu Duske,
Diss. S.156.)

Das durchschnittliche Verhältnis der e i n g e g a n g e =
n e n Revisionen zum Beschlußverfahren nach § 349 Abs.2
wird mit 56,7 % angegeben.

Für das Jahr 1961 wird der Anteil der Verwerfungsbeschlüsse
an der Gesamtzahl der e r g a n g e n e n Revisions=
e n t s c h e i d u n g e n mit 63,7 % angegeben. Über die
unterschiedliche Beschlußfreudigkeit der einzelnen Senate
vgl. Tabelle V.

Tabelle III

Verhältnis der Urteile insgesamt zu der Zahl der Schwurgerichtsfälle, die durch Urteil entschieden wurden:

Jahr	Urteile insgesamt	Durch Urteil entschiedene Schwurgerichtsfälle
1952	1574	246 ¹⁾
1953	1563	120
1954	1781	100
1955	1323	80
1956	981	74
1957	917	66
1958	846	73
1959	894	56
1960	924	70
1961	843	62 ²⁾

1) $1574 : 246 = 6,4$. Es ist also jedes 6. Urteil ein Urteil in Schwurgerichtssachen.

2) $843 : 62 = 13,43$. Heute ist nur noch jedes 13. Urteil ein Urteil in Schwurgerichtssachen.

Tabelle IV

Übersicht über die Gesamtbelastung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs im

Jahre 1961 (ohne 3. Strafsenat) (Entscheidungen)

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
Senat Urteile Vorlage= Sachen widrig= Ordnungs= Auslie= Gerichts= Gesamt= Anteil an keiten sachen ferungs= stands= belastung d.Gesamt= d.Gesamt= Anteil an 1/5 mungen Bestim unter Be= zahl der fangsbe= d.Verwer= 1/5 tungen rücksich= zahl der fangsbe= Verwer= schlüsse Umwertung (Sp.7) tigung d. Entschei= StPO fangsbe= an d.Ges. zahl d.Re= (Sp.2-6) dungen (Sp.7) schlüsse visions= % % % dungen % (Sp.2+9) %										
1	187	9	-	-	-	196	22,6	350	24,1	65,1
2	203	3	1	-	97	19	26,0	431	29,7	67,9
4	179	13	-	1	-	193	22,2	282	19,5	61,1
5	252	1	-	-	-	253	29,2	387	26,7	60,5
Summe	821	26	1	1	97	19	100	1450	100	63,7

Am beschlußfreudigsten ist der 2.Senat, vgl. auch Tabelle V. Er arbeitet auch am langsamsten, vgl. Tabelle VIa und VIb.

Tabelle V

Die stattgefundenen Hauptverhandlungen und
Beschlußsitzungen verteilen sich
wie folgt auf die Senate: *)

	Insges.	1.Sen.	2.Sen.	3.Sen.	4.Sen.	5.Sen.
HV	177	44	41	+) 8	40	44
Beschlu�s= sitzung	191	44	52	14	37	44

*) Aus der Jahresübersicht über die Tätigkeit des Bundesge-
richtshofs und der Bundesanwaltschaft in Strafsachen im
Jahre 1961

+) Hauptverhandlungstage im erstinstanzlichen
Verfahren sind nicht eingetragen.

Tabelle VIa

Bei den durch Urteil erledigten Verfahren beträgt der Zeitraum zwischen dem Tag des angefochtenen Urteils und dem des Revisionsurteils:

	1.Sen.	2.Sen.	3.Sen.	4.Sen.	5.Sen.	insgesamt
bis 3 Mon.	9	2	-	-	-	11
üb.3-6 "	116	96	12	109	115	448
üb.6-9 "	45	64	6	58	96	269
üb.9-12 "	10	15	2	9	29	65
üb. 12 "	7	26	2	3	12	50
	187	203	22	179	252	843

Tabelle VIb

Bei den durch Urteil erledigten Verfahren beträgt der Zeitraum zwischen dem Tag des Eingangs beim Bundesgerichtshof und dem Tag des Urteils für das Jahr 1961:

	1.Sen.	2.Sen.	3.Sen.	4.Sen.	5.Sen.	insgesamt
bis 3 Mon.	179	185	20	171	251	806
üb.3-6 "	5	13	1	7	1	27
üb.6-9 "	3	2	1	1	-	7
üb.9-12 "	-	2	-	-	-	2
üb. 12 "		1				1
	187	203	22	179	252	843

Tabelle VII

Übersicht über die Überlastung im Jahre 1961 *)

(Revisionen einschl. Vorlegungs- und Ordnungswidrigkeitssachen)

A. Bei der Bundesanwaltschaft waren

am 31.12.1960 anhängig	113
1961 sind neu eingegangen	2442
insgesamt anhängig	2555
an den BGH wurden vorgelegt	2425
Vor Abgabe an den BGH wurden erledigt	37
Am 31.12.1961 blieben anhängig	93
Davon: Revision gegen Urteile der Schwurgerichte	216
Revision gegen Urteile der großen Strafkammern	2181

B. Beim Bundesgerichtshof waren

am 31.12.1960 anhängig	175
1961 sind neu eingegangen	2425
insgesamt anhängig	2600
erledigt wurden	2411
am 31.12.1961 blieben anhängig	189
Davon Revision gegen Urteile der Schwurgerichte	206
Revision gegen Urteile der großen Strafkammern	2176

*) Aus der Jahresübersicht 1961

Tabelle VIII

Übersicht über das Verhältnis der Neuentscheidungen zu
Aufhebungen, Rückverweisungen und Verwerfungen *)

Jahr	Urteile auf Verwerfung	Urteile auf Aufhebung und Zurückverweisung	Urteile auf Abänderung	Urteile insges.
1961	348	474	21	843
1960	382	514	28	924
1959	341	525	28	894
1958	314	509	23	846
1957	345	545	27	917
1956	360	600	21	981
1955	439	852	32	1323
1954	476	1262	43	1781
1953	482	1046	35	1563
1952	539	1035	-	1574

*) Auf der Geschäftsstelle des Bundesgerichtshofs eingesehene Statistik

Lebenslauf

Am 25. 4. 1930 wurde ich als Tochter des Oberregierungsrats Walther Stoll und seiner Ehefrau Jenny, geb. Steinherz, in Kassel geboren. Nach dem Schulbesuch in Berlin und Kassel legte ich am 16. 9. 1949 die Reifeprüfung an der Jacob-Grimm-Schule in Kassel ab. Im Wintersemester 1949 begann ich mein juristisches Studium an der Philipps-Universität in Marburg, das ich im Wintersemester 1951/52 und Sommersemester 1952 an der Georg-August-Universität Göttingen fortsetzte. Während eines längeren Englandaufenthaltes in den Jahren 1953 und 1954 habe ich je ein Trimester an dem Woodbrooke College in Birmingham und an der Universität in Manchester Sozialwissenschaften und Jura studiert. Im Winterhalbjahr 1954/55 nahm ich das juristische Studium in Marburg wieder auf, das ich nach einer längeren Unterbrechung wegen Krankheit im Jahre 1960 nach 9 Fachsemestern mit dem ersten juristischen Staatsexamen bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt am Main mit der Note befriedigend abschloß.

Seit dem 25. 9. 1962 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.

